

Jacques VERGNIÈRES

Licencié ès lettres
Avocat au Barreau d'Issoire

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT
soutenue le jeudi 4 avril 1940, à 15 heures

**DE LA SITUATION JURIDIQUE
DE DEUX ÉPOUX
DONT L'UN
A OBTENU LE DIVORCE
ET L'AUTRE
LA SÉPARATION DE CORPS**

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Marc DESSERTAUX, Professeur.

Suffragants : M. René JAPIOT, Professeur.

M. Alexandre GROUBER, Professeur.

IMPRIMERIES MONT-LOUIS

57, RUE BLATIN, 57
CLERMONT-FERRAND

1940

Jacques VERGNIÈRES

Licencié ès lettres
Avocat au Barreau d'Issoire

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

soutenue le jeudi 4 avril 1940, à 15 heures

**DE LA SITUATION JURIDIQUE
DE DEUX ÉPOUX
DONT L'UN
A OBTENU LE DIVORCE
ET L'AUTRE
LA SÉPARATION DE CORPS**

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Marc DESSERTAUX, Professeur.

Suffragants : M. René JAPIOT, Professeur.

M. Alexandre GROUBER, Professeur.

IMPRIMERIES MONT-LOUIS

57, RUE BLATIN, 57
CLERMONT-FERRAND

1939

M E M B R E S
DE LA
FACULTÉ DE DROIT

MM.

P.-LOUIS-LUCAS, professeur de Droit civil ;
DESLANDRES, professeur de Droit constitutionnel, rappelé
à l'activité ;
M. DESSERTAUX, assesseur, professeur de Droit civil ;
R. JAPIOT, professeur de Droit commercial ;
A. GUILLOIS, professeur de Droit administratif ;
P. HUGUENEY, professeur de Droit criminel ;
F. DUMONT, professeur de Droit romain ;
G. CHEVRIER, professeur d'Histoire du Droit ;
A. BLONDEL, professeur de Droit international public ;
J. PAOLI, professeur de Droit romain ;
G. BURDEAU, professeur de Droit public ;
A. MARCHAL, professeur d'Economie politique ;
A. GROUBER, professeur de Droit privé ;
J. FLOUR, professeur d'Economie politique ;
GUITTON, agrégé d'Economie politique ;
WORMSER, chargé de cours d'Economie politique ;
P. GIGOUT, chargé de cours de capacité.

PROFESSEURS ET DOYENS HONORAIRES :

MM. M. DESLANDRES, M. VIGNES.

Doyen honoraire : M. A. GUILLOIS.

Secrétaire : M. H. VIAN.

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs. »

DE LA SITUATION JURIDIQUE
DE DEUX ÉPOUX
DONT L'UN A OBTENU LE DIVORCE
ET L'AUTRE
LA SÉPARATION DE CORPS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PRÉLIMINAIRES

La loi civile contrôle la naissance et la filiation.

Elle protège la jeunesse, et aménage la minorité et la tutelle.

Elle institue le mariage.

Elle édicte des prescriptions dans le cadre desquelles doit se déployer toute activité génératrice d'obligations.

Elle prévoit enfin le temps qui succède à la vie et organise la succession.

Mais un statut juridique comporte nécessairement des lacunes. La vie est si variée, si multiple qu'il est impossible à une œuvre humaine d'être complète.

Aussi malgré leurs effets juridiques parfois considérables, de nombreuses situations restent-elles des situations de fait.

La loi par exemple, institue le mariage et en contrepartie le divorce et la séparation de corps.

Mais elle n'a pas prévu que certains mettraient fin à la vie matrimoniale sans recourir aux moyens légaux, et se sépareraient sans aucune forme de procès.

Cette situation de fait de deux époux vivant séparés ne fait l'objet d'aucune disposition légale. Elle est pourtant assez fréquente, et pose des problèmes souvent délicats.

La loi a créé le divorce et la séparation de corps, mais elle n'a pas tenu compte de ce qu'il faut du temps pour que ces moyens soient mis en œuvre, et du temps encore pour qu'ils parviennent à leurs fins, et elle n'a pas réglementé cette période de la vie où des époux sont encore mariés en droit, sans l'être en fait.

La vie est pourtant là avec ses quotidiennes nécessités matérielles.

De même encore la loi n'a pas pris garde que le divorce et la séparation de corps pouvaient être utilisés conjointement et qu'une situation paradoxale pourrait résulter de ce qu'un époux opterait pour le divorce et l'autre pour la séparation de corps.

Toutes ces questions, tous ces « cas » sur lesquels la loi est muette, font l'objet d'études doctrinales et de solutions jurisprudentielles qui s'élaborent lentement, confusément parfois, avant d'atteindre une certaine stabilité qui leur donne, à peu de chose près, la force du droit légiféré.

Ce modeste travail va s'efforcer de rechercher précisément quelles solutions sont données aux questions que pose la situation juridique de deux époux dont l'un a obtenu le divorce et l'autre la séparation de corps.

Cette situation est en effet singulière :

Est-il possible, s'écriera le profane, que de deux époux qui mettent fin à la vie commune, l'un soit divorcé, et l'autre simplement séparé de corps ?

N'y a-t-il pas là plus qu'une contradiction, un illogisme choquant ? Se peut-il que le lien du mariage soit à la fois complètement rompu par le divorce pour un époux, et cependant simplement relâché par la séparation de corps pour l'autre ?

Si le profane n'est pas toujours un mandarin lettré, il sait cependant dans son profond bon sens qu'une porte doit être ouverte ou fermée, et de même que sa raison se refuse à admettre qu'une porte ouverte est en même temps une porte fermée, de même elle n'admet pas que le lien du mariage rompu d'un côté ne soit que relâché de l'autre.

Chaque jour pourtant les Tribunaux rendent des décisions prononçant le divorce au profit d'un époux et la séparation de corps au profit de l'autre.

La jurisprudence qui, au-dessus des règles théoriques et abstraites, doit être la recherche et l'expression de la raison et du bon sens pratique, a-t-elle failli à sa mission et a-t-elle accouché d'une hérésie ?

Ce serait faire injure à la justice que de le supposer.

Le développement qui va suivre voudrait avoir pour but de démontrer que l'unique souci de la jurisprudence a été en l'espèce, au prix même d'une apparence incohérente, la sauvegarde de l'équité, cette forme suprême de la justice.

INTRODUCTION HISTORIQUE

Pour déterminer le domaine de la jurisprudence, il faut d'abord délimiter le domaine de la loi, en cette matière du divorce et de la séparation de corps.

Toute législation est une chose éminemment vivante, et comme tout ce qui vit, une chose éminemment changeante.

Comme toute législation, la législation relative à la cessation de la vie matrimoniale n'a pas été et n'est pas immuable et figée. Elle a, au contraire, varié à plusieurs reprises.

Ce qui est intéressant à retenir des variations qu'elle a présentées, c'est, d'une part, l'alternance de l'existence du divorce seul, ou de la séparation de corps seule et de la coexistence du divorce et de la séparation de corps ; et d'autre part, l'absence complète de réglementation de cette coexistence, à toutes les phases de cette alternance où ce phénomène s'est produit.

Sous l'ancien régime, la séparation de corps était seule possible. Une loi du 20 septembre 1792 a établi en France le divorce par consentement mutuel, pour incompatibilité d'humeur ou de caractère, et pour certaines causes déterminées.

L'article 6 de cette loi supprimait la séparation de corps.

Le Code Civil de 1804, maintenant le divorce tel qu'il était organisé par l'ancienne législation, a, dans ses articles 306 et 307 simplement ajouté :

Art. 306 : « Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps ».

Art. 307 : « Elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile : elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux ».

Le Code Civil n'accordait pas d'autre développement à la séparation de corps. Il établissait deux moyens légaux de mettre fin à la vie conjugale, le divorce et la séparation de corps, et se bornait à indiquer les causes donnant lieu à l'un et à l'autre : les causes étaient les mêmes, à l'exception du consentement mutuel qui était propre au divorce.

Mais le Code Civil n'indiquait pas si les deux moyens légaux pouvaient être employés concurremment l'un par un époux, l'autre par l'autre, et en cas de concurrence comment le divorce et la séparation de corps devaient être combinés.

Il est peut-être osé de dire que le législateur n'avait voulu permettre que le divorce ou la séparation de corps, mais non le divorce et la séparation de corps simultanés entre les mêmes parties.

La rédaction de l'article 306 incite bien à penser que la coexistence du divorce et de la séparation de corps n'était pas cumulative, mais alternative. A la place du divorce, les époux pourront demander la séparation de corps, est-il dit en substance. Cela autorise-t-il les époux à demander le divorce et la séparation de corps ? Il ne semble pas. Ou bien les époux divorceront, ou bien il se sépareront de corps. La logique cartésienne du Code Civil ne pouvait pas admettre autre chose.

C'est peut-être la raison pour laquelle le Code Civil ne contient aucune réglementation relative au concours éventuel du divorce et de la séparation de corps.

On peut bien en conclure que probablement le divorce et la séparation de corps existaient côte à côte, mais séparément et ne pouvaient s'opposer l'un à l'autre entre deux époux. (1)

Quoi qu'il en soit, la loi du 8-10 mai 1816 abolit le divorce et ne laissa subsister que la séparation de corps, jusqu'à ce que la loi du 27 juillet 1884 rétablît le divorce, à l'exception du divorce par consentement mutuel.

(1) J. G. S. Div. sép. de corps n° 237. — C. Civ. annoté *Dalloz* art. 239, n° 46.

Le divorce et la séparation de corps coexistent de nouveau, et cette fois, il est certain que leur existence est cumulative.

Leur champ d'application est exactement le même. Les causes en sont déterminées restrictivement par la loi, et il n'y a plus de divorce ou de séparation de corps possibles par consentement mutuel ou pour incompatibilité d'humeur.

De plus le législateur a pris soin par une loi du 18 avril 1886 sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps de laisser expressément la liberté à un époux de demander le divorce, et à l'autre la séparation de corps.

L'article 239, modifié par cette loi du 18 avril 1886, stipule en effet, dans son alinéa 2 que le demandeur peut en tout état de cause transformer sa demande en divorce, en demande en séparation de corps, et dans son alinéa 3, que les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions.

L'article 307 également modifié par la loi du 18 avril 1886 édicte que les articles 236 à 244 concernant le divorce, (et par conséquent l'article 239) seront applicables à la séparation de corps.

Le droit de transformer en tout état de cause une demande en divorce en demande en séparation de corps implique nécessairement la possibilité d'opposer une demande en séparation de corps à une demande en divorce.

Deux demandes en divorce entre deux époux peuvent, soit par voie principale, soit par voie reconventionnelle, être réciproquement formées.

Chaque époux a le droit de convertir sa demande en une demande de séparation de corps. Il suffit qu'un seul époux use de cette faculté et opère cette conversion pour qu'une demande de séparation de corps et une demande en divorce se trouvent jointes.

L'article 239 admettant les demandes reconventionnelles et applicable à la séparation de corps permet sans difficulté de greffer une demande reconventionnelle en séparation de corps sur une demande principale en divorce, au même titre que s'il s'agissait d'une demande reconventionnelle en divorce.

Il apparaît ainsi que, si le divorce et la séparation de corps sont deux procédures entre lesquelles les deux époux,

désireux de mettre fin à leur vie conjugale, doivent opter, elles ne sont pas séparées cependant par des cloisons étanches, et que leur combinaison possible, prévue par les textes fragmentaires qui ont été mis en vigueur à diverses époques, n'est réglée par la loi que d'une façon peu précise.

PREMIERE PARTIE

Des procédures qui font naître une concurrence entre le divorce et la séparation de biens

CHAPITRE PREMIER

CARACTERE GENERAL DU DROIT APPLICABLE A LA MATIERE

1° Nécessité de la séparation de corps malgré un jugement de divorce.

La loi permet donc qu'un époux forme une demande en divorce, alors que l'autre forme une demande en séparation de corps.

Mais que va-t-il se passer ?

Le divorce provoque la rupture du lien du mariage.

La séparation de corps entraîne un simple relâchement du lien conjugal.

Il n'est pas possible rationnellement qu'une décision rompe le lien du mariage en prononçant le divorce à la requête d'un époux, et qu'à la requête de l'autre époux, une autre décision relâche le lien conjugal en prononçant la séparation de corps.

A première vue, le divorce apparaît comme une fin de non recevoir, ou comme une cause d'extinction de la demande en séparation de corps qui n'a plus de raison d'être. Le mariage rompu n'a pas à être relâché. Il ne paraît pas possible d'admettre la séparation de corps.

Il y aurait de graves inconvénients à ce qu'il en fût ainsi. La loi permet de former une demande en séparation de corps en face d'une demande en divorce.

Ne pas vouloir examiner cette demande de séparation de corps sous prétexte que le divorce la rend inutile, serait un déni de justice. Toute demande doit être jugée. (1)

Considérer la demande en divorce comme une fin de non recevoir ou comme une cause d'extinction de la demande en séparation de corps serait ajouter à la loi qui prévoit limitativement les fins de non recevoir ou les causes d'extinction de la demande en séparation de corps; ainsi la loi prévoit dans l'article 244 C. Civ. que l'action en divorce ou en séparation de corps s'éteint par la réconciliation des époux, ou par le décès de l'un d'eux.

Les fins de non recevoir ou les causes d'extinction résultent de dispositions de nature exceptionnelle qui ne peuvent être introduites que par la loi.

D'autre part, ne pas juger la demande en séparation de corps serait faire un tort considérable à l'époux demandeur.

Le divorce et la séparation de corps ont exactement les mêmes causes. La loi n'établit aucune prééminence en faveur du divorce. Les actions tendant au divorce ou à la séparation de corps sont deux actions de même qualité, entre lesquelles les époux désirant faire cesser la vie conjugale ont un droit d'option absolu.

Pourquoi dans ces conditions, l'époux qui demande le divorce serait-il avantagé en ayant le droit de faire valoir les griefs qu'il a contre son conjoint alors que celui-ci, parce qu'il a choisi la séparation de corps, perdrait le droit de faire proclamer les torts de l'époux demandeur en divorce? Ce serait une déchéance que rien ne justifierait et qu'aucun texte n'établit.

(1) Huc t. 2 n° 341.

Pourtant ne serait-ce qu'au point de vue moral, chaque époux a intérêt à faire établir que la dissolution de l'union est due à la faute de l'autre époux.

Et jusqu'ici le divorce et la séparation de corps sont considérés comme des demandes simples, tendant uniquement à mettre fin à la vie commune.

S'il est vrai que c'est là le but principal de toute action en divorce ou en séparation de corps, il est vrai aussi que toute demande en divorce ou en séparation de corps est accompagnée d'un certain nombre de demandes qui pour être accessoires, n'en sont pas moins d'un intérêt primordial, puisqu'elles concernent notamment les dépens du procès, la garde des enfants, la révocation des avantages matrimoniaux, la pension alimentaire, etc...

Or toutes ces demandes rattachées à la demande principale sont conditionnées par le sort de celle-ci. S'il n'est pas possible d'examiner la demande principale en séparation de corps, toutes ces demandes accessoires qui gravitent autour d'elle resteront sans réponse.

Pourquoi un époux qui mérite d'être condamné aux dépens, de perdre tout droit à une pension alimentaire ou le bénéfice d'avantages matrimoniaux, échapperait-il à la condamnation et à la perte de tous ces avantages, pour le seul motif que son conjoint, suivant le droit qu'il en avait, a opté pour la séparation de corps ?

Pourquoi au contraire serait-il permis à lui seul, grâce à son option pour le divorce, de faire retenir exclusivement les torts de son conjoint (alors que de son côté il peut en avoir de même gravité), et de s'assurer ainsi une situation privilégiée qu'il ne mérite pas et qui constituerait une iniquité au préjudice de l'époux demandeur en séparation de corps, injustice qui serait sévèrement jugée par l'opinion publique ?

De plus, si le Tribunal saisi de la demande de séparation de corps n'admettait pas cette demande, soit qu'il la déclarât irrecevable, soit qu'il refusât de l'examiner, et si par suite, il ne statuait pas sur les demandes accessoires formées par le demandeur en séparation de corps le jugement serait exposé à être rétracté par voie de requête civile, con-

formément à l'article 480 C. P. C. qui déclare : « Les jugements pourront être rétractés, s'il a été omis de prononcer sur l'un des chefs de demande ».

A la vérité ce risque n'est pas le plus sérieux : un Tribunal qui n'admettrait pas la demande de séparation de corps à côté d'une demande en divorce, rejetterait toutes les demandes, principale et accessoires, du demandeur en séparation de corps ou statuerait souverainement sur les demandes accessoires communes au divorce et à la séparation de corps.

Enfin la demande en séparation de corps doit-elle vraiment être considérée comme inutile quant à sa fin principale, lorsque le divorce est prononcé à la requête de l'autre époux ?

Il peut se faire que la décision prononçant le divorce ne devienne pas définitive si elle est infirmée en appel ou cassée sur un pourvoi en cassation. Avant la loi du 26 juin 1919 qui a modifié l'article 252 C. Civ., elle pouvait encore ne pas devenir définitive, si elle n'était pas transcrite sur les registres de l'état civil dans le délai de deux mois, à partir du jour où les délais d'appel et de pourvoi en cassation étaient expirés : en ce cas, le divorce était nul et non avenu. La loi du 26 juin 1919 a supprimé cette nullité qui n'est citée ici que pour mémoire.

Ainsi après avoir mis tout en œuvre pour avoir le droit de se détacher l'un de l'autre, après un long procès, les époux, si la jurisprudence ne tenait pas compte de la procédure de séparation de corps, se trouveraient mariés comme avant, et n'auraient obtenu ni divorce ni séparation de corps.

La situation peut être analysée brièvement : d'un côté, impossibilité absolue de rompre et de relâcher le lien du mariage, en même temps, donc, de prononcer le divorce et la séparation de corps ; de l'autre, nécessité impérieuse commandée par le droit et l'équité de statuer sur l'une et l'autre des deux demandes.

En étendant à la séparation de corps les textes relatifs à la procédure du divorce, le législateur a créé un conflit, et un conflit complexe, entré le divorce et la séparation de corps, pour s'être engagé dans une voie qu'il n'a pas suivie jusqu'au bout.

En raison de leur caractère propre, le divorce et la séparation de corps sont absolument incompatibles, et cette incompatibilité fondamentale devait faire obstacle à leur rapprochement. Mais par d'autres côtés ils se ressemblent trop pour que fatalement, ils ne soient pas pris indifféremment l'un à la place de l'autre.

Ces ressemblances et ces différences, sans importance lorsque le divorce ou la séparation de corps ne concourent pas, les poussent l'un vers l'autre ou les repoussent loin l'un de l'autre sans qu'il soit possible de trouver un terrain d'entente, lorsqu'ils doivent aller de pair.

Des dispositions spéciales qui dans ce cas les approprient l'un à l'autre sont de toute nécessité.

II. — *Absence de réglementation légale.*

Cependant le législateur de 1884 et 1886 qui instituait la combinaison des deux actions, n'a, pas plus que celui de 1804 indiqué dans quelle mesure le divorce et la séparation de corps pourraient coexister et se combiner. Il ne semble pas avoir eu conscience de cette incompatibilité et des difficultés qu'elle suscitait.

Probablement cette lacune provient-elle de ce que le législateur en 1884 et 1886 croyait simplement rétablir l'institution double du divorce et de la séparation de corps existant en 1804, alors que par les aménagements qu'il apportait, il créait un système entièrement nouveau, non organisé intérieurement, car pour avoir les mêmes apparences extérieures, il différait profondément du système de 1804.

Le système de 1804 donnait les mêmes voies de procédure au divorce et à la séparation de corps et n'allait pas plus loin. Il n'y avait pas de difficulté, si les deux époux pouvaient prétendre ensemble, soit au divorce soit à la séparation de corps, mais ne pouvaient prétendre l'un au divorce, l'autre à la séparation de corps.

Le système de 1884-1886 a permis de parvenir simultanément au divorce et à la séparation de corps, parce que les voies qui y mènent sont les mêmes et que la combinaison des textes de loi permet de faire emprunter ces voies en même temps par le divorce et par la séparation de corps.

Devant l'insuffisance de la loi, comment appliquer cette loi et ne pas tomber dans cette criante inconséquence que serait un mariage rompu et à la fois relâché.

Comment, pour éviter cette inconséquence, priver un justiciable d'un droit et d'une action qu'il tient de la loi, et cependant ne pas violer la loi ?

Ne peut-il, sous le signe de l'équité, intervenir un compromis qui respecterait la loi et la logique ?

La doctrine et la jurisprudence ont tâché de parer aux imperfections de la loi. Elles ont dû, en cette matière, comme en bien d'autres, créer du droit.

III. — *Création doctrinale et jurisprudentielle des règles de l'usage combiné du divorce et de la séparation de corps.*

Il apparaîtra plus loin que dans certains cas le divorce et la séparation de corps se combineront d'eux-mêmes, en dehors de toute intervention réfléchie des Tribunaux, et qu'au contraire dans d'autres cas de divorce et la séparation de corps n'existeront ensemble que parce que le Tribunal aura décidé de les prononcer l'un et l'autre.

La doctrine et la jurisprudence n'ont donc pas eu à s'occuper des cas où le divorce et la séparation de corps se joignent automatiquement, et aussi bien les principes et les règles n'ont-ils été dégagés qu'à l'occasion des espèces où les parties demandaient expressément aux Tribunaux de leur accorder d'une part le divorce, d'autre part la séparation de corps.

Et encore le problème n'a-t-il pas été résolu d'un seul coup. De nombreuses controverses se sont élevées.

a) 1^{er} système. — D'après une première opinion présentée en doctrine par CARPENTIER dans ses ouvrages « La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence en matière de divorce », (1), et « Le divorce et la séparation de corps » (2), le juge-

(1) N° 86.

(2) T. 2, n° 2652 et s.

ment de divorce a pour effet de rendre inutile la demande en séparation, et par le fait même de ce jugement, cette demande doit tomber.

Cette thèse a été celle de deux jugements du Tribunal Civil de la Seine l'un du 30 octobre 1886, l'autre du 5 mai 1886. (1)

Le jugement du 30 octobre 1886 donne de sa décision les motifs suivants :

« Attendu qu'il n'échet pas de statuer sur la demande en séparation de corps de la femme, avant qu'il n'ait été prononcé sur la demande en divorce du mari, les conséquences du jugement de ce chef pouvant rendre sans objet l'instance formée par la femme ».

Le jugement du 5 mai 1886 avait disposé de la sorte :

« Dit n'y avoir lieu, le divorce étant admis, de statuer sur la demande en séparation de corps formée par la femme ».

Dès maintenant il est bon de signaler que cette opinion n'a pas prévalu et que les deux jugements ont été infirmés par la Cour d'Appel.

Il apparaît tout de suite, en effet, que pour prétendre se conformer rigoureusement à la règle : « Pas d'objet, pas d'action » ce système entraîne les graves inconvénients dénoncés plus haut. (2)

L'époux demandeur en séparation de corps se voit contraint au silence quand il veut invoquer les griefs qu'il a contre son conjoint. Il doit courber l'échine sous le poids des déchéances que ses torts personnels lui font encourir et sous le poids des avantages que le conjoint s'assure contre lui.

Huc apporte un certain tempérament à ce système trop rigoureux et inique ; d'après cet auteur, c'est seulement quand la demande en séparation est encore pendante au moment où le jugement de divorce est devenu définitif, qu'elle devient sans objet.

(1) D. P. 1830, 2, 362.

(2) 1^{re} partie, chap. 1, pages 12 et s.

Bien que pendante au moment où le jugement de divorce est prononcé, si elle peut recevoir solution avant que ce jugement de divorce devienne définitif, elle doit être accueillie.

Cette distinction ne fait que rendre plus criante l'inégalité de situation des deux époux, l'un demandeur en divorce, l'autre demandeur en séparation de corps.

La différence de traitement de l'époux demandeur en séparation de corps tiendra à des raisons le plus souvent indépendantes de sa volonté et de la qualité de sa demande et contre lesquelles il ne pourra rien. Suivant la marche de son affaire en justice, un époux réussirait à obtenir un jugement, alors que par suite de plus grandes lenteurs de procédure, il subirait un échec ou devant un autre Tribunal, ou avec d'autres mandataires ou d'autres adversaires.

b) 2^e système. — Huc ne dit pas cependant que dans le cas où il peut être statué sur la demande en séparation de corps, la séparation de corps sera prononcée.

Il dit avec d'autres auteurs (1), représentant un deuxième système, qu'il n'y a pas lieu de prononcer la séparation de corps, puisque les parties ne sont plus mariées ; mais le Tribunal doit néanmoins statuer sur la demande pour décider qui paiera les frais et surtout pour résoudre toutes les questions accessoires que contient implicitement ou explicitement une demande en séparation de corps (révocation des avantages matrimoniaux, garde des enfants, pension alimentaire, droit au nom du mari, etc...).

Voici, par exemple, comment cette doctrine a été formulée par un de ses partisans (2).

« L'époux dont la demande en séparation de corps est encore pendante au moment où le divorce est prononcé sur la demande de l'autre époux, peut néanmoins donner suite à son action, non en tant qu'elle tendait à la séparation de corps, mais en tant qu'elle est de nature à entraîner la révocation des avantages matrimoniaux, ou d'autres conséquences découlant plus ou moins directement de la demande principale. S'il est reconnu que cette demande

(1) VRAÏE et GODE 2^e éd. t. 1 n^o 395 *bis*. — J. G. S. Divorce Séparation de corps n^o 241.

(2) J. G. S., V^o divorce et séparation de corps, n^o 241.

était bien fondée, le Tribunal doit accorder au demandeur les mêmes avantages qui seraient résultés pour lui de la séparation de corps ».

Ce système, plus équitable, est moins logique que le premier.

Il aboutit à ce résultat que sur une demande en séparation de corps, toutes sortes de demandes accessoires sont jugées, et la demande en séparation ne l'est pas. D'autre part le résultat obtenu est incomplet: si pour une raison ou une autre, le jugement de divorce ne devient pas définitif, les époux se retrouveront mariés, comme s'il n'avait été de rien.

c) 3^e système. — Ainsi croyant parer à cet inconvénient et voulant éviter la contradiction qu'il pourrait y avoir à prononcer le divorce et la séparation de corps, un troisième système, proposé également par CARPENTIER (1), qu'on trouve aussi mentionné au supplément de Jurisprudence Générale Dalloz (2), et dans une dissertation au Recueil Périodique Dalloz de 1890 (3), propose que le Tribunal se borne à prononcer le divorce, mais en spécifiant qu'il a lieu aux torts réciproques des deux époux.

Cette solution n'a jamais été adoptée par la jurisprudence. Pour y parvenir, il fallait vraiment trop enfreindre les règles de procédure. Non seulement le Tribunal n'aurait pas statué sur la demande qui lui était présentée, mais il aurait statué sur une demande qui n'était pas formée.

De plus, c'était infliger à une partie une solution que pour des motifs personnels, elle pouvait avoir eu à cœur d'éviter. Un Tribunal n'a pas le pouvoir de méconnaître les raisons qui ont amené une partie à opter pour la séparation de corps, et non pour le divorce.

Le système inverse, consistant à prononcer simplement la séparation de corps, mais aux torts des deux époux, avait été adopté par le Tribunal de Brest. Il n'a pas eu plus de succès, et pour cause, et son sort a été vite réglé par un

(1) La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence du Divorce, n° 86.
— Le Divorce et la Séparation de corps, t. 2, n°s 2652 et s.

(2) J. G. S. Divorce, Séparation de corps, n° 240.

(3) D. P. 1890, 2, 361.

arrêt de la Cour d'Appel de Rennes du 4 juillet 1889, dont un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation s'est approprié la doctrine le 12 mars 1901 (1) :

« Attendu que le Tribunal de Brest saisi à la fois d'une demande en divorce par le sieur H... contre sa femme, et d'une demande en séparation de corps formée par cette dernière contre son mari, s'était borné à prononcer la séparation de corps aux torts des deux époux.

Que sur appel, la Cour de Rennes (arrêt du 4 juillet 1889) après avoir constaté les griefs respectifs des parties, a accueilli l'action en divorce de sieur H... et a déclaré maintenir le jugement pour le surplus.

Que...

Par ces motifs, rejette... ».

La diversité des solutions proposées, et même appliquées, montre la confusion qu'avait fait naître dans le monde judiciaire les lois mal faites de 1884 et de 1886.

Le problème apparaissait très compliqué et presque insoluble, et quoiqu'à distance on puisse s'étonner parfois que des questions considérées comme simples, aient pu à un moment faire l'objet d'interminables discussions, on comprend bien cependant en l'espèce que la controverse ait pu être longue et sérieuse, car s'il existe aujourd'hui un système ralliant en doctrine, la majorité, et en jurisprudence, la totalité des suffrages, et qui évite la plupart des écueils en réglant la question par une distinction, toutes les difficultés n'en sont pas levées pour cela.

d) 4° système. — Ce système fait la distinction suivante :

Si la demande en séparation de corps est encore pendante au moment où le jugement de divorce devient définitif il n'y aura pas lieu, lorsque cette demande sera en état d'être jugée, de prononcer la séparation de corps. Le lien du mariage est déjà rompu. Il ne saurait être question d'en opérer le relâchement. La cessation de la vie commune est acquise. Il conviendra d'apprécier le mérite de la demande uniquement en vue des résultats accessoires qu'elle permet d'obtenir

(1) D. P. 1901, 1, 294.

« Si le divorce (1) est définitivement acquis au moment où la séparation de corps est en état d'être jugée, il n'y a plus lieu de prononcer la séparation de corps, puisque les parties ne sont plus mariées ; mais il faut encore néanmoins que le Tribunal statue sur la demande pour décider qui paiera les frais et surtout pour ne pas laisser dans l'incertitude le point de savoir si les avantages matrimoniaux faits par l'époux demandeur à son conjoint sont révoqués ».

Cette situation ne se rencontre d'ailleurs pratiquement pas et les recueils de Jurisprudence ne semblent contenir aucune décision sur des cas de ce genre.

Il n'en est pas de même lorsqu'il n'y a pas de jugement de divorce définitif au moment où la séparation de corps est en état d'être jugée.

Si le Tribunal prononce le divorce, cela ne l'empêchera pas de prononcer la séparation de corps, en même temps ou par la suite suivant l'état de la procédure. Et ainsi se trouveront observées les dispositions de la loi permettant le concours des deux actions.

Mais la séparation de corps ne sera prononcée qu'« *en tant que de besoin* » c'est-à-dire dans la mesure où elle ne sera pas incompatible avec le divorce. Au cas où le divorce ne deviendrait pas définitif, la séparation de corps reprendrait son empire et produirait le relâchement du lien conjugal à défaut de la rupture manquée. Et cette restriction supprimant l'incomptabilité du divorce et de la séparation de corps satisfait la raison.

Enfin toutes les conséquences accessoires de la séparation de corps se produiront.

Et l'équité se trouve ainsi sauvegardée par le maintien de l'égalité dans les torts et dans les droits entre les deux époux.

Déjà autrefois de nombreux auteurs s'étaient ralliés à ce système unanimement admis aujourd'hui. (2)

(1) J. G. S. Séparation de corps, n° 55.

(2) VRAÏE et GODE : Du divorce et de la séparation de corps 2^e éd. t. 1 n° 395 bis ; CURET : Code du divorce et de la séparation de corps n° 246 ; GOIRAND : Traité du divorce, p. 197 ; COULON : Divorce et séparation de corps t. 4, p. 156 et sq. ; GRÉVIN : Traité du divorce n° 255 ; HUC : Commentaire théorique et pratique du Code Civil, t. 2, n° 341 ; PLANIOL, RIPERT et ROUAST : Traité pratique du Droit Civil français, t. 2, La Famille, n° 590.

En jurisprudence, il est curieux de remarquer qu'un mois et demi après le jugement du 30 octobre 1886, le même Tribunal Civil de la Seine changeait complètement sa façon de voir, et le 16 décembre 1886, la 4^e Chambre de ce Tribunal rendait un jugement (1) dont les attendus font réfléchir sur l'instabilité de notre sens de la justice. Ce qui était justice il y a un mois, est iniquité maintenant.

« Attendu, dit ce jugement, que le sieur V... soutient que la demande en séparation de corps de la dame V... n'est pas recevable par ce motif que le divorce qui doit être prononcé à son profit, exclut nécessairement la séparation de corps. Mais attendu qu'aucune disposition légale n'établit la prééminence de l'action en divorce sur l'action en séparation de corps ; qu'il résulte au contraire du texte et de l'esprit de la loi que les époux ont un droit absolu d'option entre les deux actions, lesquelles reposent sur les mêmes causes ; que l'exercice de ce droit d'option serait complètement entravé et paralysé, si la demande en séparation de corps formée par l'un des époux pouvait être tenue en échec par une demande en divorce introduite par l'autre époux.

« Qu'on ne saurait admettre, sans une iniquité flagrante, que de deux conjoints également coupables, l'un pût faire valoir ses griefs parce qu'il aurait opté pour le divorce, tandis que l'autre verrait sa demande écartée par une fin de non recevoir par cela seul qu'il aurait choisi la séparation de corps.

« Attendu que l'époux demandeur en séparation de corps a un intérêt actuel à ce qu'il soit d'ores et déjà statué par le même jugement sur les conclusions relatives à la garde des enfants et à la révocation des avantages matrimoniaux. Qu'il a en outre intérêt à ce que la séparation de corps soit éventuellement prononcée au cas où son conjoint, bénéficiaire du jugement de divorce, le laisserait périmer à défaut de la transcription des articles 251-252 C. Civ.

« Attendu que, s'il est vrai, comme le prétend V..., que le lien conjugal ne peut être à la fois rompu et relâché, cette anomalie est plus apparente que réelle ; que pour la faire disparaître il suffit, lorsque les deux demandes en divorce et en séparation de corps sont l'une et l'autre fon-

(1) Seine, 16 déc. 1886 : D. F. 91, 3, 8.

dées, de ne prononcer la séparation de corps que d'une manière éventuelle, et pour les dispositions relatives aux personnes, ne recevoir leur effet qu'au cas où le jugement de divorce serait nul, et non avenu, pour inobservation des dispositions des articles 251-252 C. Civ. précités. Qu'il n'existe aucun obstacle juridique à ce que le Tribunal dise d'ores et déjà que l'époux demandeur en séparation de corps pourra invoquer à son profit et opposer à son conjoint le bénéfice des conséquences qui seraient résultées pour lui d'une séparation de corps admise à sa requête, en tant du moins que ces conséquences ne seraient pas incompatibles avec les effets du divorce prononcé à la requête de l'autre époux ».

Ce jugement contient tout ce qui avait été dit et pouvait être dit sur la question, et sa doctrine a été adoptée bientôt après par deux arrêts de la Cour d'Appel de Paris, l'un du 31 décembre 1887 infirmant le jugement du Tribunal de la Seine du 30 octobre 1886, l'autre du 27 juin 1888 infirmant le jugement du même Tribunal du 5 mai 1886 et par un arrêt de la Cour d'Appel de Rouen du 27 août 1888. (1)

Ces arrêts, moins étendus que le jugement du 16 décembre 1886, précisent par une formule concise la portée de la disposition prononçant la séparation de corps. L'arrêt du 7 août 1888 est ainsi conçu :

« Considérant qu'encore bien que le divorce prononcé à la requête du mari, emporte la dissolution du lien conjugal, il y a lieu néanmoins de statuer sur la demande (en séparation de corps) de la femme, *en tant que de besoin*, et pour le cas où le divorce ne serait pas mené à fin, pour inexécution de l'article 252 C. Civ. ou pour toute autre cause. P. C. M. Déclare en tant que de besoin les époux D... séparés de corps à la requête de la femme ».

« Attendu, dit l'arrêt de Rouen, que, bien que le lien conjugal ne puisse être à la fois relâché et rompu, l'époux demandeur en séparation de corps a néanmoins intérêt à ce que sa demande soit admise en même temps que l'action en divorce formée par son conjoint.

« Que la séparation de corps entraînant, comme le divorce, la révocation des avantages matrimoniaux, l'époux qui

(1) D. P. 1890, 2, 362.

a de justes griefs, et qui, cependant ne veut pas aller jusqu'au divorce, ne peut être contraint de rester vis-à-vis de son conjoint dans un état d'infériorité injuste et humiliant.

« Que de plus il peut arriver qu'en omettant de faire transcrire le jugement qu'il aura obtenu, le demandeur en divorce rende cette décision non avenue ; qu'il est alors intéressant pour son conjoint de jouir du bénéfice d'une séparation dont les effets seront définitifs.

« Que toutefois il convient de ne prononcer la séparation qu'éventuellement et dans l'hypothèse où, pour une cause quelconque le divorce ne serait pas mené à fin.

« P. C. M. Déclare en tant que de besoin la dame C... séparée de corps de son mari. Prononce la révocation des avantages matrimoniaux consentis par elle à l'intimé ».

Le 16 mai 1899, la Cour de Cassation s'est prononcée pour la première fois sur cette question, et l'arrêt de sa Chambre des requêtes (1) a homologué la jurisprudence des Cours d'Appel, en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Appel de Poitiers du 30 novembre 1898, pour les motifs suivants :

(« Attendu que la Cour d'Appel ne pouvait se dispenser de statuer sur l'une et l'autre des demandes puisqu'il se pouvait que le divorce quoique prononcé ne devint pas définitif par une transcription.

« Qu'il n'existe aucune contradiction entre les deux dispositions, celle qui prononçait la séparation de corps ne pouvant d'après la loi produire d'effet qu'à défaut de la réalisation du divorce ».

IV. — *Application des règles.*

Le problème a désormais reçu une solution. Un jugement de divorce et un jugement de séparation de corps peuvent parfaitement être prononcés entre deux époux sans qu'il y ait aucune contradiction.

La jurisprudence a fait disparaître l'antinomie qui pouvait exister entre ces deux décisions, et elle va présenter alors deux séries de décisions significatives :

(1) G. P. 199, 1, 386. — S. 99, 1, 440. — D. P. 99, 1, 288.

a) Décisions de principe. — La première série comprend quelques décisions rendues de loin en loin pour ceux, ou plutôt contre ceux qui s'obstinent encore à remettre en discussion la question de principe, et continuent à considérer comme une anomalie le double prononcé du divorce et de la séparation de corps.

La réponse est toujours la même, et les arrêts reproduisent à l'infini la formule de l'arrêt du 16 mai 1899, sans apporter de nouveauté ; (1)

Parmi tous ces arrêts, celui de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 28 juillet 1925, mérite cependant une mention particulière.

L'auteur du pourvoi a voulu faire naître le débat à la faveur d'une loi du 26 juin 1919, qui, modifiant l'article 252 C. Civ. supprime la nullité résultant du défaut de transcription du jugement de divorce.

Désormais le jugement de divorce produit tous ses effets entre les époux, dès que les délais d'appel et de pourvoi en cassation sont expirés.

Le pourvoi soutenait en conséquence qu'il n'y avait plus de raison de prononcer la séparation de corps, même en tant que de besoin, puisqu'il n'y avait plus besoin de la séparation de corps ; le divorce prononcé est en tous cas suffisant et effectif.

La Cour de Cassation n'a pas admis les conclusions de ce pourvoi. Elle a répondu que la séparation de corps n'était pas utile seulement en cas de nullité du jugement de divorce par application de l'article 252, mais à de nombreux autres égards.

« Attendu qu'aucun texte ne fait obstacle à cette double décision (divorce-séparation de corps). Que si la loi du 26 juin 1919, modifiant l'article 252 C. Civ. dispose que la décision prononçant le divorce produit entre les conjoints tous ses effets, non plus à partir de la transcription, mais quand elle a acquis un caractère définitif à l'expiration du délai d'appel ou du pourvoi en cassation, il n'en résulte

(1) Req. 7 novembre 1899 : G. P. 99, 2, 544 ; D. P. 1900, 1, 453 ; S. 1900, 1, 169. — Req. 12 mars 1901 : D. P. 1901, 1, 294 ; G. P. 1901, 1, 459 ; S. 1901, 1, 216. — Req. 2 mars 19010 : D. P. 1910, 1, 240. — Civ. 28 juillet 1925 : D. H. 1925, 670 ; G. P. 1925, 2, 633. — Req. 8 décembre 1930 : G. P. 1930, 1, 108.

nullement que le juge doive écarter la demande en séparation de corps ; que cette mesure conserve son utilité à divers égards et notamment dans le cas où les conséquences d'un recours en cassation ferait tomber le divorce prononcé ».

Toutes ces décisions montrent comment a été résolu le dilemme devant lequel la loi avait placé le prétoire, et à présent qu'il est effectué, ce compromis prétorien est pour ainsi dire « entré dans les mœurs judiciaires ».

b) Décisions d'application pratique. — La deuxième série de décisions de jurisprudence comprend précisément la multitude des jugements par lesquels les Tribunaux prononcent chaque jour le divorce et la séparation de corps entre les deux époux, comme s'il n'y avait là rien que de tout à fait normal et simple.

On peut même dire que les Tribunaux jugent ainsi aujourd'hui par routine, souvent sans même chercher à savoir pourquoi ils doivent juger de la sorte, et quel est le fondement de la solution qu'ils emploient.

Les discussions, les hésitations du début ont été vite oubliées et certainement de nombreux Tribunaux seraient surpris, si on instaurait à nouveau le débat devant eux, d'apprendre que l'accord en cette matière n'a pas été spontané.

Se rendent-ils même un compte exact de la portée de leurs décisions ? Beaucoup seraient certainement embarrassés pour le dire en rendant leur jugement.

L'habitude est de prononcer le divorce et la séparation de corps quand les deux demandes sont formées et justifiées. Ils la suivent machinalement. Cette observation est tellement vraie qu'en vertu de la loi du moindre effort qui préside à la plupart des actions des hommes, les Tribunaux, inconsciemment, ont simplifié le dispositif de leurs décisions en en supprimant l'essentiel. Ils ne mentionnent même plus que la séparation de corps est prononcée en tant que de besoin. Ils prononcent sans réserve le divorce et la séparation de corps. On ne dirait pas à lire les jugements actuels que ces quelques mots « en tant que de besoin » ont été la clef si laborieusement cherchée de la question, et il est remarquable de voir que de cette clef il n'est plus fait cas aujourd'hui.

C'est une sorte de truisme, qui, comme toutes les vérités générales, est jugé connu de tous, qu'on n'exprime plus et qu'on finit par oublier à force de le sous-entendre.

La séparation de corps est prononcée ; il est sous-entendu qu'elle l'est en tant que de besoin. Mais encore faut-il le savoir.

On comprend que le non initié, celui qui ne possède pas le mot de l'énigme, puisse s'étonner du caractère paradoxal des fréquents jugements qui admettent le divorce à la requête d'un époux, et aussi la séparation de corps à la requête de l'autre.

CHAPITRE II

DIFFERENTS CAS QUI DONNENT LIEU A L'EXISTENCE SIMULTANEE D'UNE DECISION DE DIVORCE ET D'UNE DECISION DE SEPARATION DE CORPS ENTRE DEUX EPOUX

I. — *Procédure des demandes.*

C'est une Lapalissade de dire que le divorce et la séparation de corps doivent être demandés l'un et l'autre, pour qu'ils soient prononcés l'un et l'autre. Cette double décision ne pourra pas intervenir s'il n'y a pas au préalable cette double demande.

Sous quelles formes se présente cette double demande ?

Les articles du Code Civil relatifs à la procédure du divorce (Liv. I, titre VI, chap. II C. Civ.) offrent trois gammes de demandes permettant d'obtenir d'une part le divorce, d'autre part la séparation de corps, savoir : demandes principales, demandes reconventionnelles, demande de conversion de séparation de corps en divorce.

DEMANDES PRINCIPALES

a) Demandes principales simultanées.

Le cas le plus simple est celui où un époux forme une demande principale en divorce, et l'autre époux une demande principale en séparation de corps. Généralement les deux demandes sont jointes, et ensuite (1) instruites simultanément.

Si elles sont justifiées, elles seront admises l'une et l'autre.

Il peut arriver que chaque époux ait formé une demande principale en divorce, puis, que l'un d'eux se ravissant utilise la faculté que lui donne l'alinéa 2 de l'article 239 et transforme sa demande en divorce en demande de séparation de corps. Il restera seulement en présence une demande en divorce et une demande en séparation de corps.

Il est même permis à un époux qui a formé une demande en séparation de corps en réponse à une demande en séparation de corps formée par son conjoint, d'intenter par une procédure nouvelle, une action en divorce pendant l'instance primitive qui suit son cours. L'action en divorce intentée postérieurement à la demande en séparation de corps implique tacitement l'abandon de cette demande en séparation de corps et le Tribunal n'aura à statuer que sur la demande en divorce et sur la demande en séparation de corps du conjoint (2).

Dans les hypothèses qui viennent d'être envisagées, il est supposé que les demandes sont formées devant le même

(1) La jonction ne donne pas lieu à grande difficulté quand les deux demandes sont formées devant le même tribunal. Mais il peut arriver qu'elles le soient devant deux tribunaux différents. (Exemple : Le ménage a deux habitations ; le marié assigne devant le Tribunal de la Seine, la femme devant le Tribunal de Clermont, parce qu'elle prétend que c'est dans le ressort de ce dernier Tribunal qu'est l'habitation principale). En ce cas, un renvoi pour incompétence ou une procédure de règlement de juges (363 C. P. C.) permettent de réaliser la jonction. Théoriquement — mais ce cas ne semble pas s'être présenté — il se peut que les deux procédures suivent parallèlement leur cours et aboutissent à deux jugements distincts.

(2) D. P. 94-2-481, note 1-3 sous un arrêt de la Cour de Riom du 13 juin 1893.

Tribunal. Mais il peut se faire qu'un époux porte sa demande devant un Tribunal parce que ce Tribunal est compétent au moment de l'introduction de l'instance, et que l'autre époux porte sa demande devant un autre Tribunal également compétent, au moins en apparence, par suite d'un changement du domicile conjugal dans l'intervalle de l'introduction des deux demandes, ou par suite de l'existence de deux résidences du ménage.

Si chaque époux défend à la demande formée par l'autre à peu près inévitablement un règlement de juges interviendra, et un des deux Tribunaux sera dessaisi au profit de l'autre qui jugera les deux demandes (1).

Mais si, tout à fait par hasard, aucun règlement de juges n'est demandé, ou si chaque époux suit sa demande sans défendre à la demande formée par l'autre, les deux Tribunaux restent saisis : l'un prononcera sur la demande d'un époux, l'autre sur la demande de l'autre époux, et si les deux demandes sont accueillies le divorce et la séparation de corps seront l'un et l'autre prononcés.

Ce cas est surtout théorique ; pratiquement il y a peu de chance qu'il se rencontre.

b) Demandes principales non simultanées :

On peut supposer que deux époux soient séparés de corps à leurs torts et griefs réciproques.

En vertu de l'article 310 C. Civ. lorsque la séparation de corps aura duré trois ans elle pourra être de droit convertie en divorce sur la demande d'un époux. Mais pendant ce délai, un des époux ne pourrait-il pas demander le divorce par une instance principale ?

S'il peut le demander et, s'il a des motifs pour l'obtenir, il bénéficiera d'un jugement de divorce, mais son conjoint conservera le bénéfice de la séparation de corps qu'il avait obtenue sur les torts de l'époux demandeur en divorce, et ainsi il existera bien entre les deux époux une décision de divorce à la requête de l'un et une décision de séparation de corps à la requête de l'autre.

Or il est parfaitement admis qu'un époux séparé de corps peut demander le divorce avant l'expiration du délai

(1) Cass. Req. 26 juillet 1938 : D. H. 1938, 533.

de trois ans prévu par l'article 310 C. Civ. et par conséquent avant qu'une demande de conversion soit possible. Mais la jurisprudence fait une distinction : tandis que l'époux contre lequel la séparation a été prononcée peut demander le divorce pour toutes causes, même antérieures au jugement de séparation, l'époux qui a obtenu la séparation ne peut fonder sa demande en divorce que sur des causes nouvelles, autres que celles qui ont motivé la séparation.

La raison, bien légitime, en est que l'époux qui a obtenu la séparation de corps a exercé son choix : il avait des griefs contre son conjoint. Il les a épuisés en formant une action en séparation de corps, alors qu'il pouvait aussi bien former une action en divorce. Il ne peut pas faire indéfiniment les mêmes reproches à son conjoint. (1)

Le 12 juin 1903 (2) et le 12 mars 1936 (3), la Cour de Lyon a cependant jugé que si l'un des époux peut, en cours d'instance, transformer une demande en séparation de corps en demande en divorce, il ne peut, lorsque la séparation de corps a été prononcée que se pourvoir ultérieurement dans les termes de l'article 310 C. Civ.

Ces arrêts, d'ailleurs isolés ont commis une erreur et ne doivent pas être suivis. On ne voit pas pourquoi, après avoir obtenu la séparation de corps, un époux ne pourrait pas demander le divorce, si *l'attitude de son conjoint* démontre que *la première mesure* n'a pas été suffisante pour assurer la tranquillité du demandeur et rend le lien conjugal insupportable. Il serait malheureux et injuste que cet époux dont les torts ont fait prononcer la séparation de corps à son détriment, pût infliger impunément les injures ou les sévices les plus graves à son conjoint.

Lorsque la séparation de corps a été prononcée aux torts réciproques, pour quelles causes un des époux pourrait-il demander le divorce ?

(1) J. G. S. : Divorce et séparation de corps n^{os} 677 à 679. Nouveau Code Civil annoté *Dalloz*, art. 310, n^o 186 et s. ; Req. 4 août 1913 : D. P. 1917-1-65 ; *Angers*, 5 déc. 1918, D. P. 1920-2-103 ; *Revue trimestrielle de Droit Civil* 1937, n^o 1, p. 87.

(2) D. P. 1907, 2, 361.

(3) Mon. judiciaire de Lyon, 9 oct. 1936.

Il doit invoquer des causes nouvelles, puisque les griefs primitifs ont été légalement sanctionnés par la séparation de corps.

Si un époux peut invoquer postérieurement à la séparation de corps de nouveaux griefs contre son conjoint qui a lui-même obtenu la séparation de corps, le divorce sera prononcé entre les époux. Il n'en restera pas moins que l'époux contre lequel le divorce sera prononcé conservera le bénéfice de la séparation de corps qu'il avait antérieurement obtenue.

Et ces combinaisons de procédure feront bien naître la situation mixte où l'un des époux bénéficie d'un jugement de divorce, et l'autre d'un jugement de séparation de corps.

c) Remarque : On pourrait penser qu'une autre combinaison de procédures amènerait aussi une double décision de divorce et de séparation de corps entre deux époux : les deux époux demanderaient l'un et l'autre le divorce, mais l'un d'eux, peu sûr du succès, conclurait subsidiairement à la séparation de corps, pour le cas où le Tribunal estimerait que les griefs allégués ne seraient pas suffisamment graves pour motiver le divorce mais seraient suffisants pour permettre la séparation de corps.

Théoriquement, on aboutirait ainsi à la double décision.

Mais s'il n'appartient pas aux Tribunaux de discuter le choix fait par un époux entre le divorce et la séparation de corps, il ne leur appartient pas non plus de choisir pour lui, même si cet époux leur en laisse la latitude.

Chaque époux a un droit d'option, certes. Mais l'option est obligatoire. Un époux qui demande le divorce ne peut pas conclure subsidiairement à la séparation de corps (1).

La jurisprudence estime aussi que la demande en séparation de corps ne peut être une réduction d'une demande en divorce de qualité médiocre.

(1) J. G. S. : Divorce et séparation de corps n° 235 ; C. Civ. annoté *Dalloz*, art. 239, n° 23 ; *CARPENTIER*, t. 2, n° 81 ; *JOSSERAND*, t. 1, n° 987 ; *PLANIOL*, t. 1, n° 1299.

Les demandes en divorce et en séparation de corps sont des demandes parallèles. L'une n'est pas inférieure à l'autre. Les causes doivent en être les mêmes, non seulement par leurs caractères, mais par leur gravité. (1)

Les causes suffisantes pour faire prononcer la séparation de corps sont suffisantes pour faire prononcer le divorce, et les faits insuffisants pour faire prononcer le divorce sont insuffisants pour faire prononcer la séparation de corps (2).

Dans ces conditions, jamais une demande en séparation de corps ne peut être formée subsidiairement à une demande en divorce, et jamais une telle procédure ne pourra aboutir à la coexistence du divorce et de la séparation de corps.

DEMANDES RECONVENTIONNELLES

Le divorce et la séparation de corps peuvent encore coexister entre deux époux par le jeu des demandes reconventionnelles.

Il est à peine besoin de rappeler que sur une demande principale en divorce à la requête d'un époux, l'autre époux a le droit de former une demande reconventionnelle en séparation de corps, mais qu'en sens inverse, sur une demande principale en séparation de corps le défendeur ne peut pas former une demande reconventionnelle en divorce. Il peut seulement conclure reconventionnellement à la séparation de corps. (3)

La demande reconventionnelle qui conduit au prononcé du divorce et de la séparation de corps devra donc être en principe une demande en séparation de corps.

Mais les alinéas 2 et 3 de l'article 239 peuvent aussi jouer chacun à leur tour, et lorsque sur une demande principale en divorce, l'autre époux forme une demande reconventionnelle en divorce, l'un ou l'autre des deux époux

(1) *Paris*, 30 juillet 1885 et sur pourvoi Cass. Civ. 30 juin 1886 ; D. P. 1887-1-60.

(2) En sens contraire cependant : Cour d'Appel de Riom, 13 juin 1893 : D. P. 94, 2, 481. Mais voir la note 4.

(3) J. G. S. : Div. et sép. de corps n° 238. Exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886 : D. P. 86, 4, 29, note 1.

a par la suite, la faculté de transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps et il intervient alors une décision de divorce et une décision de séparation de corps.

C'est seulement dans ce cas que la demande reconventionnelle qui produit la double décision, est une demande reconventionnelle en divorce, car dans le cas où l'époux demandeur qui avait formé une demande principale en divorce, réduit sa demande à une demande en séparation de corps avant qu'une demande reconventionnelle ait été formée, l'autre époux ne peut former par la suite qu'une demande reconventionnelle en séparation de corps. (1)

DEMANDE DE CONVERSION DE LA SEPARATION DE CORPS EN DIVORCE

L'article 310 C. Civ., permettant la conversion de la séparation de corps en divorce, fournit d'autres hypothèses où le divorce et la séparation de corps peuvent se trouver prononcés entre deux époux.

Il faut d'abord supposer que deux époux sont séparés de corps à leurs torts réciproques.

Lorsque la séparation aura duré trois ans, les deux époux pourront faire convertir la séparation de corps en divorce. Mais il peut se faire qu'un seul des époux tienne à être divorcé, et que l'autre, pour les mêmes raisons qui l'ont décidé à préférer la séparation de corps au divorce, ne veuille pas de son côté demander la conversion.

Quelle sera la situation créée par le jugement de conversion à la requête d'un des époux ?

Le jugement de conversion équivaut exactement à un jugement de divorce ; cependant, il ne doit pas être considéré comme prononçant le divorce au profit de celui qui a demandé la conversion, mais au profit de l'époux qui avait obtenu la séparation de corps, quel que soit celui qui demande la conversion.

(1) Trib. Civ. Seine, 21 novembre 1900 : D. P. 1900, 2, 144 ; Rép. prat. *Dalloz*, divorce n° 215.

Comme son nom l'indique, l'opération de conversion consiste uniquement à transformer la séparation de corps en divorce ; la décision prononçant la séparation de corps est par ailleurs maintenue intacte ; elle ne subit qu'un seul changement : le mot « séparation de corps » est remplacé par le mot « divorce ». (1)

Il n'y aurait aucune difficulté si la séparation de corps avait été prononcée aux torts exclusifs d'un époux. La conversion transformera la séparation de corps en divorce aux torts exclusifs du même époux, quel que soit celui qui demande la conversion.

Mais si la séparation de corps a été prononcée aux torts des deux époux et si un seul demande la conversion de la séparation de corps en divorce, le divorce doit-il intervenir aux torts des deux époux, ou doit-il intervenir au profit du demandeur en conversion, et la séparation de corps prononcée contre lui à la requête de l'autre époux, doit-elle subsister au profit de ce dernier ?

La réponse habituellement donnée à cette question est que le divorce doit être prononcé aux torts des deux époux dans les mêmes conditions que l'était la séparation de corps, quel que soit l'époux qui ait sollicité la conversion. (2)

Cette solution écarte toute possibilité de coexistence du divorce et de la séparation de corps. Peut-elle être appliquée dans tous les cas ?

L'hypothèse pour laquelle elle est émise est celle d'une séparation de corps aux torts réciproques prononcée par un seul jugement.

On peut admettre que lorsque ce jugement fait l'objet d'une demande de conversion, il ne peut être divisé et doit être nécessairement converti en entier. Une seule séparation de corps est prononcée, un seul divorce pourra résulter de la conversion.

L'hypothèse dans laquelle chaque époux aurait obtenu un jugement de séparation de corps distinct, ne semble pas avoir été envisagée. Le cas pourrait cependant se présenter. (3)

(1) Voir C. Civ. annoté *Dalloz*, art. 310, n° 154-155 et 80.

(2) J. G. S. : Sép. de corps, 166 *in fine*.

(3) Voir aussi *supra* page 27.

Un époux demande la séparation de corps, et la demande est en état d'être jugée, lorsque l'autre époux forme à son tour une demande en séparation de corps, *in extremis*. Le Tribunal a la faculté de surseoir sur la première demande jusqu'à ce que la deuxième soit en état d'être jugée.

Mais il peut aussi statuer sur la demande en état, et ordonner l'instruction de l'autre demande qui, par la suite, sera, si elle le mérite, accueillie. Le Tribunal ne pourra pas imposer à un justiciable des retards et des lenteurs qui pourraient lui être préjudiciables, et statuera ainsi par deux jugements distincts de séparation de corps.

A l'expiration du délai de trois ans à partir du dernier jugement, un des époux demande la conversion. Naturellement il demandera la conversion du jugement de séparation de corps rendu à son profit et ne s'occupera pas du jugement obtenu par son conjoint.

Ce jugement, seul objet de la demande de conversion, sera seul converti. Quant au jugement du conjoint, il ne sera même pas mentionné et demeurera intact.

Cette procédure donnera lieu à la coexistence du divorce et de la séparation de corps à partir du jour où la décision de conversion sera définitive.

Il ne semble pas, il est vrai, que pratiquement cette situation se rencontre souvent. En tous cas les recueils de jurisprudence ne donnent aucune référence.

Quoi qu'il en soit, pratiques ou théoriques, telles sont les hypothèses dans lesquelles il peut se faire qu'un époux obtienne une décision prononçant le divorce à son profit, et que l'autre époux bénéficie d'une décision prononçant la séparation de corps à son profit.

II. — *Forme des décisions*

a) La coexistence du divorce et de la séparation de corps ne provient pas nécessairement de la coïncidence de leur apparition, mais de la coïncidence de leur existence à un moment quelconque.

Quand on parle de deux époux dont l'un a obtenu le divorce et l'autre la séparation de corps, on ne pense généralement qu'au cas où le divorce et la séparation de corps ont été prononcés par un seul et même jugement, et on

pourrait croire nécessaire qu'il n'y ait qu'une seule sentence pour que le divorce et la séparation de corps existent simultanément entre deux époux.

Pourtant l'étude des procédures qui peuvent être utilisées par un époux pour obtenir le divorce et par l'autre pour obtenir la séparation de corps montre bien que le divorce et la séparation de corps peuvent exister simultanément entre deux époux sans avoir été prononcés simultanément.

Il est suffisant, on le comprend bien, qu'il y ait entre deux époux, à un moment donné, une décision de divorce et une décision de séparation de corps, pour qu'à partir de ce moment le divorce et la séparation de corps existent simultanément.

Avant ce moment, il peut y avoir entre eux une séparation de corps, ou une double séparation de corps. Dès qu'il interviendra un jugement de divorce, il y aura à la fois divorce et séparation de corps. C'est presque un jeu arithmétique.

Il faut bien reconnaître que dans la plupart des cas cette situation est créée par un seul jugement prononçant à la fois le divorce et la séparation de corps, et que le divorce et la séparation de corps existent simultanément pour avoir été prononcés simultanément.

Mais ce n'est pas une condition indispensable, et il était bon de signaler que si la date de « naissance » du divorce et celle de la séparation de corps coïncident en général, elles ne coïncident pas obligatoirement dans tous les cas.

En d'autres termes la coexistence du divorce et de la séparation de corps ne provient pas nécessairement de la coïncidence de leur apparition entre les deux époux, mais d'après le sens même du terme « coexistence », de la coïncidence de leur existence à un moment quelconque.

A partir du moment où les deux mesures existeront ensemble, il n'y aura aucune différence dans la situation des époux, que les deux mesures aient été prises en même temps ou à intervalle.

b) Dualité forcée des décisions. — Le divorce est prononcé à une date, et la séparation, obligatoirement à une autre, si le divorce est obtenu par un époux demandant la

conversion d'une séparation de corps prononcée à sa requête contre son conjoint, au profit de qui avait été rendu également un jugement de séparation de corps dont il ne demande pas la conversion.

Il en est de même, lorsqu'à la suite d'une double séparation de corps prononcée à la requête et aux torts de chaque époux, que ce soit par un seul ou par deux jugements, un époux forme une action nouvelle en divorce.

Si son action est fondée, un jugement de divorce intervient à son profit, remplaçant la séparation de corps antérieure obtenue par lui, mais laissant subsister le jugement de séparation de corps rendu au profit de son conjoint.

Enfin dans le cas où les demandes sont portées devant deux Tribunaux différents et où il n'intervient aucun règlement de juges, le divorce et la séparation de corps résulteront de deux décisions distinctes.

c) Dualité facultative. — Dans les autres cas, la dualité des décisions est facultative et dépend uniquement de l'appréciation souveraine du Tribunal juge des demandes.

Alors que dans les deux cas précédents, l'état de la procédure impose nécessairement deux jugements, le Tribunal peut statuer par un seul jugement sur les deux demandes, ou statuer d'abord sur une demande, et plus tard sur l'autre, lorsqu'il s'agit de deux demandes principales simultanées ou de deux demandes, l'une principale, l'autre reconventionnelle en divorce et en séparation de corps.

Le Tribunal statue par un seul et même jugement lorsque les deux instances en divorce et en séparation de corps se trouvent dans le même état l'une et l'autre.

Mais il arrive que l'instruction de l'une est déjà fort avancée, tandis que celle de l'autre commence seulement, par exemple dans le cas où la deuxième demande est formée, alors que la première est près d'être jugée.

Pour une bonne administration de la justice, il ne faut pas que la seconde demande ait pour effet de retarder la solution de la première ; et les deux instances ne seront pas jointes.

Cette recommandation est contenue dans l'exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886 :

« On peut supposer, y est-il dit, qu'à une demande en séparation de corps, le défendeur réponde en demandant

le divorce. Dans ce cas qui n'est plus prévu par le paragraphe 3 de l'article 239 C. Civ., les formes ordinaires doivent être observées pour la seconde demande. Il y a en réalité deux demandes principales. La procédure spéciale à chacune d'elle doit être suivie. L'instance est introduite et quand les deux affaires seront en état, le Tribunal pourra statuer par un seul et même jugement ». (1)

Rien n'autorise le Tribunal à différer le jugement de la première demande, lorsque l'instruction de la deuxième n'est pas au même point.

Ces principes qui sont aujourd'hui bien établis n'ont été dégagés, si étonnant que cela puisse paraître, qu'après de longues discussions dont on trouve l'écho dans la doctrine et dans la jurisprudence. (2)

L'arrêt de la Cour de Paris du 31 décembre 1887, déjà cité (p. 23), infirmant le jugement du Tribunal Civil de la Seine du 30 octobre 1886, a ainsi décidé que lorsqu'un Tribunal est saisi en même temps d'une demande en divorce formée par le mari et d'une demande en séparation de corps formée par la femme, il importe pour une bonne administration de la justice que ces demandes soient instruites simultanément, afin qu'il soit statué en même temps sur les faits réciproquement allégués par les deux parties.

Et un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 3 avril 1885 (3) avait déjà jugé que toutefois quand l'une des deux demandes est en état et que l'autre ne l'est pas, il n'y a pas lieu de surseoir au jugement de la première jusqu'à ce que l'autre puisse être jugée, et les deux demandes sont alors jugées séparément.

Cette jurisprudence est encore absolument constante (4), et deux arrêts assez récents de la Cour de Cassation la consacrent.

(1) D. P. 86-4-29, note 1.

(2) J. G. S. Divorce, séparation de corps n° 241 ; Séparation de corps n° 54, note au D. P. de 1890, 2, 361.

(3) J. G. S. : Divorce et Séparation de corps, n° 245.

(4) Cass. Civ., 20 février 1912 : G. P. 1912, 1, 337 ; S. 1912, 1, 569. — Cass. req. 4 juillet 1921 : G. P. 1921, 2, 371 ; S. 1921, 1, 316 ; D. P. 1923, 1, 240. — Cass. req. 14 déc. 1931 : G. P. 1932, 1, 351. — Cass. req. 9 déc. 1933 : G. P. 1934, 1, 667. En sens contraire : Trib. civ. Seine, 7 mars 1916 : Loi du 20 avril 1916, notes 1 et 2 au D. P. 1923, 1, 240.

Un arrêt de la Chambre Civile du 15 mai 1933 (1) a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Appel de Paris qui en présence, d'une demande principale en divorce en état d'être jugée, et d'une demande reconventionnelle en séparation de corps non instruite, avait disjoint les deux demandes, et statué sur le fond de la demande en divorce et avant dire droit sur la demande en séparation de corps, avait autorisé le demandeur en séparation de corps à rapporter la preuve des faits articulés à l'appui de cette demande.

Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 25 juin 1934 (2) a ainsi statué sur le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix du 8 novembre 1933 :

« Attendu que le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'avoir sur la demande du mari prononcé le divorce à son profit et en attendant le résultat de l'enquête qu'il ordonnait sur les faits articulés par la femme, réservé sa décision sur la demande en séparation de corps de cette dernière.

« Attendu qu'en la matière, il appartient aux juges du fond d'apprécier, d'après les circonstances, s'il y a lieu de surseoir à statuer pour prononcer sur les deux demandes par une seule et même décision ou de statuer immédiatement sur celle qui est en état, en recourant à la mesure d'instruction nécessaire sur l'autre demande. P. C. M. Rejette ».

De même MM. PLANIOL, RIPERT et ROUAST écrivent (3).

« Le Tribunal peut également statuer par deux jugements séparés sur l'une et l'autre des demandes en divorce et en séparation de corps ».

d) Remarque. — Il faut noter que lorsque la dualité des décisions de divorce et de séparation de corps est imposée par la nature même des procédures qui y conduisent (conversion d'une séparation de corps en divorce, ou demande en divorce, après une double séparation de corps) le jugement de divorce intervient toujours en deuxième lieu.

Au contraire lorsque la dualité est facultative, le jugement de divorce peut très bien être le premier, et le juge-

(1) G. P. 1933, 2, 282.

(2) G. P. 1934, 2, 28, sous note.

(3) Traité pratique du Droit civil, t. 2, n° 590.

ment de séparation de corps, le deuxième ; précisément, dans les espèces déférées à la Cour de Cassation et jugées par les arrêts du 15 mai 1933 et du 25 juin 1934, le divorce a été prononcé le premier ; néanmoins la séparation de corps a suivi son cours et a dû être instruite pour être jugée malgré le jugement de divorce.

Faut-il tirer une conséquence de cette constatation ?

Certainement oui ; mais il est prématuré de le faire, (1) et avant d'aller plus avant, il est préférable de faire le point :

Pour le moment, il apparaît que plusieurs procédures peuvent mettre en présence une demande en divorce et une demande en séparation de corps, et conduire par un ou plusieurs jugements à des décisions statuant sur ces demandes.

La question qui se pose dès lors, est de savoir si les jugements qui interviendront lorsque ces procédures seront suivies par des époux en désaccord, provoqueront nécessairement la coexistence du divorce et de la séparation de corps dans tous les cas.

La réponse à cette question dégagera les conditions précises de la coexistence du divorce et de la séparation de corps.

III. — *Cadre exact de la coexistence du divorce et de la séparation de corps :*

a) Recherche des limites de ce cadre.

Les développements précédents démontrent qu'il n'est pas nécessaire que les deux demandes soient concomitantes.

Ils démontrent aussi qu'il n'est pas davantage nécessaire que les deux sentences soient concomitantes.

Il y a cependant une limite.

Déterminer cette limite, c'est définir le cadre même de la coexistence du divorce et de la séparation de corps.

Pour la découvrir trois hypothèses doivent être envisagées :

(1) Voir *infra*, p. 44 C.

1^{re} *hypothèse*. — Un époux forme une demande en séparation de corps, alors que son conjoint a obtenu contre lui un jugement de divorce devenu définitif au moment où la demande en séparation de corps est engagée.

Il est bien évident que cette demande de séparation de corps ne pourra être déclarée recevable. Le mariage n'existe plus et toutes les questions accessoires ont été résolues par le jugement. Tout est terminé, et définitivement terminé. L'époux contre qui le divorce est prononcé a eu le loisir de se défendre et de faire toutes les demandes qu'il pouvait juger opportunes pour la sauvegarde de ses intérêts.

S'il a négligé de le faire ou s'il n'a pas voulu le faire, il ne peut prétendre se raviser quand la situation est complètement liquidée. Il se heurte à une décision de justice irrévocable. Il a laissé passer le moment. Il doit supporter les conséquences d'une inaction qui n'est imputable qu'à lui. C'est dans ce sens qu'a jugé la Cour de Cassation par un arrêt du 13 avril 1921 (1) d'où il ressort qu'un époux défendeur à une demande en divorce peut toujours former une demande en divorce ou en séparation de corps tant que le premier demandeur ne bénéficie pas d'un jugement définitif. (2)

Cela signifie nettement que lorsque le jugement de divorce est définitif, l'autorité de la chose jugée ne permet de remettre en question aucun des éléments de la vie matrimoniale des époux.

Un arrêt de la Cour d'Appel de Dijon du 26 juillet 1899 (3) avait cependant déclaré recevable une demande en séparation de corps intentée après qu'un autre jugement de séparation de corps fut devenu définitif à la requête de l'autre époux. Cet arrêt vivement critiqué est resté isolé. Il est l'exception qui confirme la règle.

On dira, peut-être, qu'il s'agissait d'un jugement de séparation de corps, et que la séparation de corps n'établit pas une situation définitive entre les deux époux. Cela est vrai dans une certaine mesure. Si à la suite d'un jugement

(1) D. P. 1921, 1, 206.

(2) Voir également Cass. req. 11 janvier 1937 : D. H. 1937, sommaire p. 6.

(3) S. 1900, 2, 225.

définitif de séparation de corps, l'époux défendeur se constitue demandeur en divorce, sa demande en divorce dont le but dépasse le but de la séparation de corps, ne heurte pas le jugement de séparation de corps, et elle est parfaitement recevable. Mais vouloir opposer une séparation de corps à une séparation de corps est inadmissible, puisqu'il y aurait, suivant une expression vulgaire « double emploi ».

L'arrêt du 13 avril 1921 confirme bien ce point de vue en disant qu'un époux séparé de corps est recevable à demander directement le divorce tant que la conversion de la séparation de corps en divorce n'est pas définitivement acquise. (1)

En résumé, un jugement de divorce définitif est un obstacle absolu à une demande en séparation de corps engagée après que le jugement de divorce est devenu définitif.

2° *hypothèse*. — Un époux veut obtenir la séparation de corps contre son conjoint qui en même temps demande le divorce, et lorsque la demande de séparation de corps est en état d'être jugée, elle se heurte à un jugement de divorce rendu sur la demande en divorce et devenu à ce moment définitif.

La demande de séparation de corps est recevable, puisqu'elle avait son utilité et son objet au moment où elle a été formée.

A ce moment le mariage n'était pas dissous.

Cependant, au moment où le jugement doit être rendu, la séparation de corps ne peut plus être prononcée, pour les mêmes motifs que dans l'hypothèse précédente.

Le jugement de divorce définitif est un obstacle absolu à ce que soit prononcé un simple relâchement du lien conjugal.

Suivant le système exposé plus haut (2), il est seulement possible d'examiner les griefs allégués par l'époux demandeur en séparation de corps, et à l'exclusion de l'effet prin-

(1) Dans le même sens : Trib. Poitiers, 24 juillet 1929 : S. 1929, 2, 113.

(2) Supra p. 20-21.

cial de la séparation de corps, de leur faire produire tous les effets et conséquences qu'ils auraient produits si la séparation de corps avait été prononcée.

Dans cette hypothèse, il n'y a pas encore divorce et séparation de corps. Il y a en fait un jugement de divorce qui produit tous les effets du divorce, et un jugement qui produit tous les effets de la séparation de corps sans la séparation de corps.

A vrai dire, il n'y a pas beaucoup de différence entre la situation résultant de ces deux jugements, et la situation résultant de deux jugements prononçant le divorce et la séparation de corps.

La seule différence est que la séparation de corps n'est pas prononcée.

Il conviendra de rechercher si cette différence présente un intérêt pratique, dans les chapitres qui traiteront des conséquences de la coexistence du divorce et de la séparation de corps. (1)

3^e hypothèse. — La troisième hypothèse, enfin, est la suivante :

La demande en séparation de corps est en état d'être jugée avant que le jugement de divorce sur la demande de l'autre époux, soit définitif.

Cette hypothèse est la seule à permettre à deux décisions l'une prononçant le divorce, l'autre la séparation de corps de coexister.

Ce qui, dans les autres hypothèses, empêchait que la séparation de corps soit prononcée, un jugement de divorce définitif, ne se trouve pas dans cette hypothèse.

Dans la première hypothèse la demande de séparation de corps n'était pas formée avant que le jugement de divorce fût définitif; dans la deuxième, la demande, bien que formée n'était pas prête à recevoir solution avant que le jugement de divorce fût définitif.

Dans la troisième au contraire non seulement la demande est formée, mais elle peut recevoir solution avant qu'il y ait un jugement de divorce définitif.

Le champ de la conjonction du divorce et de la séparation de corps est ainsi strictement délimité par cette borne : un jugement de divorce définitif.

(1) Voir infra p. 72.

b) Enoncé de la règle de la coexistence du divorce et de la séparation de corps.

Chaque fois que par les procédures énumérées plus haut un époux tendra à obtenir la séparation de corps, et l'autre le divorce, et que la demande en séparation de corps pourra recevoir solution avant que le jugement sur la demande en divorce soit définitif, chaque fois coexisteront deux décisions dont l'une prononcera le divorce au profit d'un époux, et l'autre la séparation de corps au profit de l'autre.

Chaque fois au contraire que la demande en séparation de corps ne pourra être jugée qu'après un jugement de divorce définitif, il ne pourra y avoir coexistence de décisions de divorce et de séparation de corps.

Telle est la règle théorique qui peut être énoncée ainsi en d'autres termes :

Le jugement de séparation de corps doit toujours précéder le jugement de divorce devenu définitif. Il est impossible qu'il intervienne après.

En conclusion. L'état du jugement de divorce est la clef de voûte.

c) *Remarque.* -- Il est alors possible de tirer la conséquence du fait que, lorsque la dualité des décisions est obligatoire, le jugement de divorce intervient toujours en deuxième lieu, tandis que lorsqu'elle est facultative, le jugement de divorce peut intervenir le premier, et le jugement de séparation de corps le second.

La conséquence est que la coexistence du divorce et de la séparation de corps se produit dans les cas de dualité obligatoire, par la force des choses, malgré ou sans la volonté des Tribunaux qui ne prennent même pas garde à ce que la situation qu'ils créent peut avoir de paradoxal, et qu'au contraire, la coexistence du divorce et de la séparation de corps dépend presque toujours de l'appréciation des Tribunaux, lorsque la dualité des décisions est facultative.

Et d'ailleurs c'est parce que cette deuxième situation exigeait un acte de décision réfléchi et parce qu'on se rendait compte des difficultés que la présence simultanée du divorce et de la séparation de corps provoquaient, que cette situation a fait l'objet de tant de discussions, alors que la première se créant en deux phases bien distinctes n'a jamais

opposé aussi brutalement le divorce et la séparation de corps en combat singulier ; et pourtant, en dernière analyse, les deux situations sont exactement les mêmes.

C'est pour cette raison aussi que les solutions de jurisprudence intervenues en cette matière ont concerné seulement la deuxième situation, car les Tribunaux n'ont jamais vu qu'elle.

On admettra donc très bien, d'une part, que la jurisprudence ne pouvait faire autrement que prononcer le divorce et la séparation de corps dans les cas laissés à son libre arbitre, sans craindre la contradiction qu'il y avait en apparence, puisque par ailleurs cette dualité du divorce et de la séparation de corps se produisait toute seule, et on admettra très bien d'autre part, qu'à des situations identiques s'appliquent des solutions identiques, et que les solutions adoptées par la jurisprudence pour les questions afférentes à la situation qu'elle fait naître s'appliquent aux questions afférentes à la situation semblable qui naît sans elle.

CHAPITRE III

CONDITIONS GENERALES DE LA COEXISTENCE

1. — *Conditions auxquelles est subordonnée la concurrence entre le divorce et la séparation de corps.*

1° Si plusieurs conditions sont nécessaires pour que le divorce et la séparation de corps puissent être joints, la première, évidemment, sera que le jugement de séparation de corps soit prononcé avant un jugement de divorce devenu définitif.

Il était très important de bien mettre cette condition en relief, car des opinions ont été émises qui pourraient paraître ne pas l'exiger.

M. LAGARDE, Professeur à la Faculté de Droit de Rennes, notamment, écrit :

« Les Tribunaux peuvent accorder la séparation de corps à un époux et le divorce à son conjoint, non seulement par un même jugement, mais encore par deux déci-

sions successives, pourvu que l'une et l'autre demandes soient antérieures au premier jugement devenu définitif ». (1)

La règle énoncée par M. LAGARDE, est certainement imparfaite.

Ce n'est pas n'importe lequel des deux jugements devenu le premier définitif qui sert en quelque sorte de « vanne » à la deuxième demande, et l'arrête ou la laisse passer. C'est le jugement de divorce, et non le jugement de séparation de corps.

Et d'ailleurs M. LAGARDE se met en contradiction avec lui-même, car il reconnaît qu'un époux séparé de corps reste recevable à demander directement le divorce pour faits non déduits dans la première instance, tant que la conversion de la séparation en divorce n'a pas été définitivement prononcée.

Si un jugement de séparation de corps définitif fait obstacle à ce que le divorce soit prononcé, à la requête de l'époux contre qui elle est prononcée, les Tribunaux ne pourraient jamais prononcer le divorce, lorsque les deux époux sont déjà séparés à leurs torts réciproques, et qu'un des deux forme une demande en divorce pour faits non déduits dans la première instance.

Or il admet qu'il est possible à un époux séparé de corps de demander le divorce pour de nouveaux faits. Si l'époux qui demande le divorce est celui au profit de qui la séparation a été prononcée, le jugement de séparation définitif ne paralyse pas sa demande en divorce. M. LAGARDE voudrait-il admettre que ce jugement ferait obstacle à la demande en divorce si elle émanait de celui contre qui la séparation de corps a été prononcée ?

La question est très nettement tranchée par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 13 avril 1921. (2)

« Le droit de former une action principale en divorce, dit cet arrêt, appartient à un époux jusqu'à la dissolution du mariage. Par suite si l'époux défendeur devant la Chambre du Conseil à une demande de conversion de séparation de corps en divorce est irrecevable à saisir cette juridiction

(1) *Revue trimestrielle du Droit Civil* 1937, n° 1, p. 87.

(2) D. P. 1923, 1, 206.

d'une demande reconventionnelle en divorce tendant à ce que le divorce soit prononcé à son profit, il est recevable à former cette demande par voie d'action principale et ordinaire devant le Tribunal, tant *que l'arrêt de la Cour d'Appel confirmant le jugement de conversion est susceptible de pourvoi en cassation* ».

Ainsi tant que les époux sont sous le régime de la séparation de corps, l'un ou l'autre peut former une action en divorce, parce qu'on peut demander la dissolution du mariage tant qu'il n'est pas dissous.

De plus l'antériorité des demandes par rapport au jugement de divorce définitif ne suffit pas pour que le divorce et la séparation de corps puissent coexister.

Il faut plus : il faut que le jugement de séparation de corps soit déjà prononcé à la requête d'un époux, lorsque le jugement de divorce à la requête de l'autre devient définitif.

En effet le mariage peut être dissous tant qu'il n'est pas dissous, mais une fois dissous, il ne peut être dissous une deuxième fois. Le mariage est dissous par un jugement de divorce définitif qui mettrait obstacle à ce qu'un autre divorce soit prononcé, même si la demande avait été formée antérieurement au jugement définitif. A fortiori, ne saurait-il être question de relâcher le lien du mariage par une séparation de corps, lorsqu'un jugement de divorce définitif l'a rompu complètement ; et il importe peu alors que la demande de séparation ait été formée avant que le jugement de divorce soit définitif, si ce jugement produit irrévocablement tous ses effets lorsque la séparation de corps pourrait être prononcée.

2° Si la première condition de la coexistence du divorce et de la séparation de corps, est indispensable, elle n'est pas suffisante.

Une autre condition aussi indispensable doit être remplie.

Mais elle est tellement évidente que c'est à peine si elle a besoin d'être mentionnée.

Il faut que les deux décisions prononçant le divorce et la séparation de corps deviennent l'une et l'autre définitives.

Il est véritablement simpliste de signaler que, si les décisions ne deviennent définitives ni l'une ni l'autre, les

époux restent tout simplement mariés ; si la décision prononçant la séparation de corps ne devient pas définitive, la situation des époux est réglée par le jugement de divorce, et si la décision de divorce ne devient pas définitive, les époux sont séparés de corps.

En résumé, pour qu'il y ait à la fois divorce et séparation de corps, deux conditions doivent se trouver réunies :

Une condition négative : il ne doit pas exister de jugement de divorce définitif au moment de prononcer la séparation de corps.

Une condition positive : les décisions qui prononcent le divorce et la séparation de corps doivent devenir l'une et l'autre définitives.

II. — *Cause d'exclusion de la coexistence du divorce et de la séparation de corps.*

En prenant la condition négative dans un sens positif, elle devient cause d'exclusion de la coexistence du divorce et de la séparation de corps. S'il n'y a pas (sens négatif) de jugement de divorce définitif, la séparation de corps peut être prononcée ; s'il y a (sens positif) un jugement de divorce définitif, la séparation de corps est exclue.

Cette cause d'exclusion mérite d'être examinée à un double point de vue.

Pourquoi la cause d'exclusion est-elle le jugement de divorce, et non le jugement de séparation de corps ?

Pourquoi le jugement de divorce doit-il être définitif pour être une cause d'exclusion ?

a) En raison des explications antérieures, quelques mots suffiront pour répondre à ces questions :

La réponse à la première question tient dans la différence de nature du divorce et de la séparation de corps.

Le divorce a pour but de dissoudre le mariage ; la séparation de corps a pour but de le relâcher.

L'effet de la séparation de corps est moins complet que celui du divorce. Le divorce contient la séparation de corps ; la séparation de corps ne contient pas le divorce.

A l'évidence un mariage relâché peut encore être rompu ; mais un mariage rompu ne peut pas encore être relâché,

et à l'évidence un divorce fera obstacle à une séparation de corps, mais une séparation de corps ne fera pas obstacle à un divorce.

b) Que le divorce soit définitif pour être un empêchement dirimant à la séparation de corps, il est aisé de le comprendre :

Le mariage n'est véritablement dissous que lorsque le jugement de divorce est définitif. Jusqu'à ce moment, la décision est comme assortie d'une condition suspensive. Elle contient en puissance des effets qui se réaliseront, si la condition qui les tient en suspens se réalise elle-même. Ses effets qui remonteront au jour de la demande ne pourront prendre cours que du jour où la condition existera.

Tant que la condition n'existe pas, la décision qui a une réalité matérielle, n'est pas encore animée. Les époux sont comme si rien n'était encore jugé au sens des articles 1350-1351 C. Civ. Le jugement rendu n'est qu'un projet qui ne peut pas être immédiatement exécuté. Il n'a pas l'autorité de la chose jugée.

Rien n'empêche donc, tant que le jugement de divorce est à l'état de projet inexécuté et inexécutable, que d'autres projets, notamment des projets de séparation de corps soient également dressés et proposés pour régler la cessation de la vie conjugale.

Mais le projet de divorce, devenu une réalité vivante, a l'autorité de la chose jugée et il interdit formellement la présentation d'autres projets ou propositions de dénouement du lien conjugal, puisqu'à cet égard la mesure la plus radicale et la plus absolue a été réalisée.

III. — *Corollaire.*

Les jugements en matière de divorce et de séparation de corps, et l'autorité de la chose jugée.

Comme le caractère définitif des décisions en cette matière est d'une importance capitale, par une sorte de digression, il n'est pas déplacé de préciser, après avoir montré que le caractère définitif des décisions est nécessaire parce qu'il confère à celles-ci l'autorité de la chose jugée, comment il se fait que ce soit ce caractère définitif qui leur confère cette autorité.

Règle générale :

En règle générale, un jugement n'a pas besoin d'être définitif pour avoir l'autorité de la chose jugée.

Chacun sait qu'un jugement est définitif quand les voies de recours sont épuisées, ou que les délais pour user de ces voies de recours sont expirés sans qu'aucun recours n'ait été exercé.

Mais, en principe, dès qu'une décision de justice est rendue, elle a autorité de la chose jugée, sans qu'il y ait à attendre l'expiration des délais de recours. Cette autorité de chose jugée, basée sur une présomption que ce qui est ainsi jugé est l'expression de la vérité, confère force exécutoire à la décision.

Cette présomption de vérité n'est pas irréfragable et l'autorité attachée au jugement n'est que provisoire, (1) et présente trois degrés.

Au premier degré, la partie condamnée peut anéantir totalement cette autorité et paralyser la force exécutoire en frappant le jugement d'une voie de recours ordinaire (opposition, appel) et le jugement est non avenu et inexécutable, (sauf certaines exceptions) à partir du jour où il est l'objet d'une de ces voies de recours.

Ainsi de nombreux arrêts de la Cour de Cassation (2) ont décidé que l'autorité de la chose jugée s'attache légalement aux décisions judiciaires même susceptibles de recours, aussi longtemps que ce recours n'est pas formé et que la partie contre laquelle un jugement contradictoire en premier ressort a été rendu, n'est pas recevable à élever en justice une prétention contraire à ce qui a été jugé, tant que ce jugement n'est pas attaqué par la voie de l'appel.

Le deuxième degré est celui des décisions qui ne peuvent plus être attaquées par une voie de recours ordinaire, soit que ces voies de recours aient été épuisées, soit que les délais pour les exercer aient expiré.

(1) Civ. 7 juillet 1890 : D. P. 90, 1, 301 sur renvoi ; Riom 7 janv. 1891 : D. P. 1892, 2, 241 ; Poitiers, 3 mai 1886 : D. P. 87, 2, 143, 44.

(2) Ch. civ. 17 juin 1922 : D. P. 1925, 1, 214. — Ch. civ. 25 juillet 1927 : D. H. 1927, 446.

Ces décisions ne peuvent plus être attaquées qu'au moyen de voies de recours extraordinaires. On dit qu'elles sont passées en force de chose jugée, ce qui signifie qu'elles ont acquis une autorité, et partant une force exécutoire, qui subsisteront malgré les recours extraordinaires qui pourraient être dirigés contre elles, et qui disparaîtront seulement si elles venaient à être cassées ou rétractées.

Il est de principe certain qu'un arrêt de Cour d'Appel, par exemple, bien que frappé d'un pourvoi en cassation, a autorité de la chose jugée et peut être exécuté, tant qu'il n'est pas cassé, et que cette autorité ne cesserait que du jour où serait rendu un arrêt de cassation (1).

Enfin, et c'est le troisième degré, une décision de justice emporte une présomption irréfragable de vérité et de justice lorsqu'elle est définitive, ne pouvant plus être attaquée ni au moyen d'une voie de recours ordinaire, ni au moyen d'une voie de recours extraordinaire.

Au point de vue pratique et sur le terrain de la procédure, on sait que les délais de l'opposition ou de l'appel (2) [voies de recours ordinaires] ne sont pas suspensifs d'exécution, mais que l'opposition ou l'appel eux-mêmes sont suspensifs ; que le délai du pourvoi en cassation et le pourvoi lui-même (voie de recours extraordinaire) ne sont pas suspensifs.

Et, comme la force exécutoire d'une décision est fonction de son degré d'autorité de chose jugée, puisque, suivant qu'elle est susceptible de voies de recours ordinaires, ou de voies de recours extraordinaires, elle a une simple présomption de vérité ou elle a au contraire force de chose jugée, et elle ne peut être exécutée que jusqu'au jour où elle est frappée d'un recours ordinaire, ou au contraire elle peut être exécutée malgré un recours extraordinaire, on peut dire dans une formule générale : les voies de recours ordinaires sont suspensives, les délais des voies de recours ordinaires, les voies de recours extraordinaires et les délais de ces voies de recours extraordinaires ne sont pas suspensifs. (3)

(1) C. d'Etat, 19 déc. 1924 : D. P. 1925, 3, 53. — C. Civ. annoté *Dalloz* et additions 1932, art. 1351, n° 30 et s.

(2) C. P. C. art. 457.

(3) Voir *Japiot* : Traité de procédure civile et commerciale n° 137, n° 1059.

Il en résulte que l'autorité d'une décision de justice qui n'est pas définitive, pour être certaine, n'en est pas moins assez flottante et instable.

A partir du prononcé, la décision a l'autorité de la chose jugée qu'elle garde pendant le délai d'appel, mais qu'elle perd si l'appel est formé, qu'elle retrouve par un arrêt confirmatif pendant le délai de pourvoi en cassation, et pendant le pourvoi lui-même, pour la reperdre si l'arrêt est cassé.

b) Règle en matière de divorce et de séparation de corps.

Ces fluctuations risqueraient d'avoir de graves inconvénients en matière de divorce ou de séparation de corps : les époux seraient alternativement divorcés et séparés de corps, puis divorcés seulement ou seulement séparés de corps, ou ni divorcés ni séparés de corps si des appels étaient interjetés, puis de nouveau divorcés et séparés de corps si les décisions étaient confirmées, ou divorcés seulement ou séparés de corps ou ni divorcés ni séparés de corps, suivant les infirmations qui pourraient être prononcées, puis ni divorcés ni séparés, ou séparés et divorcés, ou séparés seulement ou divorcés seulement si des pourvois venaient encore modifier les arrêts d'appel.

La situation serait inextricable. La loi s'est cependant à peine occupée d'édicter des règles précises à ce sujet.

Les décisions de divorce ou de séparation de corps ont-elles une autorité provisoire avant d'être définitives, ou doivent-elles être définitives pour acquérir autorité et force exécutoire ?

*Voies de recours visées par le Code Civil
au titre du divorce :*

Le seul texte formel est l'alinéa 6 de l'article 248 : « Le pourvoi est suspensif en matière de divorce et de séparation de corps ».

Une décision de divorce ou de séparation de corps frappée d'un pourvoi n'a aucune autorité, même provisoire. Cette décision est comme inexistante.

L'appel suspensif en matière ordinaire est à plus forte raison suspensif en matière de divorce ou de séparation de corps et une décision de cette nature frappée d'un appel est provisoirement sans effet. (1)

Il en est de même de l'opposition faite aux jugements rendus par défaut (article 247 C. Civ.).

Il n'y a donc pas de difficulté en ce qui concerne les voies de recours elles-mêmes. Pendant l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation, les décisions de divorce et de séparation de corps sont non avenues.

Mais les délais de ces voies de recours qui en principe ne sont pas suspensifs, sont-ils ou ne sont-ils pas suspensifs en cette matière particulière ?

Juqu'au jour où ces voies de recours seraient mises en œuvre, ou jusqu'au jour de l'expiration des délais des voies de recours, les décisions de divorce ou de séparation de corps auraient-elles provisoirement autorité de la chose jugée, et ne pourrait-il rien être jugé qui ne soit pas en accord avec elles ?

On voit l'importance de la question, qui revient à dire :

Une décision de divorce ou de séparation de corps peut-elle être définitive avant que le délai du pourvoi en cassation soit écoulé, ou bien faut-il attendre l'expiration de ce délai ?

Contrairement au droit commun, il est reconnu que les décisions de divorce ne peuvent être exécutées et n'ont aucune autorité de chose jugée tant que les délais des recours ne sont pas expirés.

Cette règle a été dégagée de l'article 251 C. Civ. concernant la transcription de la décision de divorce sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré.

Cette transcription est le premier acte d'exécution d'une décision de divorce, et elle doit avoir lieu dans le délai de quinze jours à compter de la date où la décision est devenue définitive.

(1) Agen, 20 janvier 1807 : J. G. Div. sép. de corps 492 ; Bruxelles, 16 juillet 1887 : Pasicrasie Belge, 77, 2, 330 ; Bruxelles, 8 août 1882 : P. B. 83, 2, 580 ; C. P. C. annoté *Dalloz*, art. 457, n° 20 ; Loi du 18-20 avril 1886 : D. P. 86, 4, 29, note 5.

L'article 249 C. Civ. stipule que le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement, à moins qu'il n'ait été rendu sur conversion de séparation de corps.

Il résulte bien indiscutablement de ces textes que la décision de divorce ne peut être définitive avant que les délais soient expirés, puisqu'il est interdit d'abréger ces délais par un acquiescement.

Ce fait est corroboré par la première rédaction que le législateur avait donné à l'article 249 C. Civ. :

« Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce ne peut être exécuté qu'autant que par l'expiration des délais légaux, il n'est plus susceptible d'aucune voie de recours de la part des parties ».

Cette rédaction n'a pas été maintenue, mais le changement a été opéré sans qu'il y ait eu de discussion, et la pensée du législateur n'a pas été modifiée.

Il y aurait beaucoup à dire pour épuiser ce sujet : des controverses se sont élevées : les délais sont-ils suspensifs pour toutes les décisions rendues en cette matière, ou sont-ils suspensifs seulement pour les décisions prononçant le divorce, à l'exclusion des décisions d'avant dire droit, ne statuant pas au fond, et des décisions refusant de prononcer le divorce ?

Toutes ces questions fort intéressantes ne peuvent être examinées dans cette étude où, par hypothèse, il s'agit de décisions prononçant le divorce ou la séparation de corps.

Pour en revenir à la question de savoir si les délais des voies de recours sont suspensifs, par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 13 avril 1921 (1) la Cour de Cassation s'est prononcée pour la première fois, en disant :

« Attendu que le droit de former une action principale lui appartenait (à la femme) jusqu'à la dissolution du mariage laquelle n'était pas définitivement acquise tant que l'arrêt confirmant le jugement de conversion était susceptible de pourvoi en cassation ».

Pour être implicite, la solution n'en est pas moins formelle. Le seul grief qu'on puisse faire à l'arrêt, et il n'en

(1) D. P. 1923, 1, 206.

peut mais, est qu'il date de 1921 et qu'il a statué dans un cas où l'arrêt de divorce résultait de la conversion d'une séparation de corps.

Or malheureusement, la coutumière ironie du sort a voulu qu'une loi du 9 décembre 1922 complétant l'article 249 C. Civ. soit venue décider que précisément en matière de conversion de séparation de corps, les délais n'étaient pas inéluctables.

« Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement, à moins qu'il n'ait été rendu sur conversion de séparation de corps ».

Il est possible dans ce cas que la décision de divorce acquière autorité de la chose jugée et soit exécutée, en un mot devienne définitive, sans que les délais aient été observés ; par le simple consentement des parties, les délais peuvent être raccourcis ou même supprimés.

Ne tiennent-ils plus du tout la décision en suspens ?

Il faut néanmoins admettre qu'ils sont suspensifs. Tant qu'ils courent, et que l'acquiescement n'est pas venu y mettre un terme, la décision ne peut être exécutée, et notamment transcrite. La seule différence est que, si dans un cas il n'est pas permis aux parties de ne pas subir les délais, dans l'autre, elles ont la faculté de s'en dégager.

Aussi de nombreux auteurs estiment-ils en définitive que les délais sont suspensifs et que la partie qui a obtenu une décision de divorce ne peut en poursuivre l'exécution tant que ces délais courent.

Ils en donnent pour raison pratique que la transcription de la décision de divorce n'est possible aux termes de l'alinéa 2 de l'article 252 que sur production des certificats de non opposition, appel ou pourvoi. (1)

La jurisprudence la plus récente adopte cette solution.

C'est ce que fait un jugement du Tribunal Correctionnel de Pau du 2 juin 1932 (2). Mais ce jugement établit une

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU : Des personnes t. 4, n° 164, p. 102 ; PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil 3^e éd. t. 1, n° 1220, p. 389 ; AUBRY et RAU, 5^e éd. t. 7, par. 478, p. 317 ; Rép. prat. *Dalloz*, divorce n° 317 ; C. P. C. annoté *Dalloz*, art. 457, n° 18-21 ; BEUDANT, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et BRETON, n° 849 ; JOSSERAND t. 1, n° 945 ; COLIN et CAPITANT t. 1, n° 223.

(2) G. P. 1932, 2, 374.

différence inexpiquée entre les délais d'appel et les délais de pourvoi. Il estime que les délais d'appel sont légalement suspensifs, tandis que les délais de pourvoi sont suspensifs en vertu d'une exception toute jurisprudentielle. La loi n'a cependant pas précisé pour les délais d'appel plus que pour les délais de pourvoi, et les mêmes textes sont appliqués aux deux délais.

Mais ce jugement admet en conclusion que ces délais sont suspensifs et qu'ils sont suspensifs en raison des graves inconvénients auxquels donnerait lieu l'exécution d'une décision prononçant la rupture du lien conjugal. Et au fond c'est bien le meilleur argument et la meilleure justification qui puissent être donnés.

Cependant l'opposition faite à un jugement par défaut crée une situation un peu particulière.

Il résulte du rapport de M. LABICHE, au Sénat (1), que l'opposition est recevable jusqu'à expiration du délai d'un mois si la signification a été faite à personne, et dans le cas contraire jusqu'à expiration du délai de huit mois (article 247 C. Civ.) mais que ces délais n'enchaînent pas cependant le demandeur.

Le jugement peut être exécuté pour partie. A la vérité, il ne pourra être transcrit, et ainsi il ne pourra produire son effet principal avant l'expiration des délais ; mais cet effet mis à part, le jugement pourra être exécuté. Voici ce que dit à ce sujet M. LABICHE : « Le demandeur n'est pas enchaîné par le délai ; il peut poursuivre l'exécution du jugement obtenu, par un commandement, par une saisie, par la liquidation de ses reprises, etc... et amener ainsi le défendeur à faire opposition ».

Malgré cette différence, le jugement par défaut n'a pas l'autorité de la chose jugée en tant qu'il met fin à la vie conjugale, si les délais d'opposition ne sont pas expirés.

En ce qui concerne la séparation de corps, la situation est totalement différente. La séparation de corps est soumise à la procédure du droit commun (article 307 C. Civ.).

(1) D. P. 86, 4, 30.

L'article 252, al. 2, qui sert de base à la solution donnée pour le divorce, n'est pas mentionné dans la liste des articles du Code Civil concernant la procédure du divorce et applicables à la séparation de corps.

Les époux peuvent d'autre part acquiescer à la décision prononçant la séparation de corps. (1)

Il s'ensuit que les délais d'opposition, d'appel et de pourvoi en cassation ne sont pas suspensifs par eux-mêmes (2) et qu'à partir de la décision prononçant la séparation de corps, sauf voie de recours, le lien matrimonial est relâché et le régime dissous. (3)

Un arrêt de la Cour d'Appel de Poitiers du 25 novembre 1935 (4), mieux venu que le précédent jugement, ne tranche la question, il est vrai que pour le délai de pourvoi :

« Attendu qu'en matière de divorce, non seulement le pourvoi lui-même, mais le simple délai de pourvoi doit produire un effet suspensif à l'égard des arrêts définitifs (non avant dire droit) en raison des graves inconvénients qu'il pourrait y avoir à les exécuter avant qu'ils soient devenus tout à fait inattaquables ; que c'est généralement en ce sens, et non à la lettre qu'on interprète la disposition de l'article 248, al. 6 C. Civ., rapprochée de celle de l'article 252 C. Civ. sur la transcription du jugement ou arrêt définitif, c'est-à-dire inattaquable ».

Si le délai du pourvoi est suspensif, le délai de l'appel doit l'être aussi ; et d'ailleurs il faut admettre cette conclusion pour les délais de toutes les voies de recours ordinaires (opposition, appel, pourvoi en cassation).

*Voies de recours non visées par le Code Civil
au titre du divorce.*

En est-il de même pour les autres voies de recours extraordinaires ?

(1) AUBRY et RAU 5^e éd. t. 7, par. 484, p. 359 ; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVÉAU t. 5, n° 313 ; COLIN et CAPITANT t. 1 n° 214 ; JOSSERAND t. 1, n° 990 ; PLANIOL, RIPERT et ROUAST, n° 672 ; Req. 26 juillet 1916 : D. P. 1916, 1, 249, 252.

(2) Mêmes références qu'au n° 1.

(3) Req. 24 novembre 1931 : D. P. 1932, 1, 32.

(4) D. H. 1936, 77.

Les jugements de divorce et de séparation de corps ne peuvent pas être attaqués par toutes les voies de recours extraordinaires du droit commun.

La tierce opposition formée contre un jugement de divorce ou de séparation de corps serait certainement déclarée irrecevable, suivant l'opinion courante, malgré le silence de la loi à ce sujet. (1)

Mais il résulte de la discussion de la loi du 18 avril 1886 au Sénat (2) que la requête civile est parfaitement admissible en matière de divorce et de séparation de corps, de même que la prise à partie. Il en serait de même du règlement de juges.

Ces voies de recours sont-elles suspensives ? Elles ne sont pas suspensives en droit commun. L'article 497 C. P. C. édicte expressément que la requête civile n'empêchera pas l'exécution du jugement et que nulles défenses ne pourront être accordées.

Mais on admet que ces dispositions sont uniquement relatives dans la pensée du législateur à des intérêts pécuniaires et que dès lors la requête civile produit un effet suspensif dans certains litiges relatifs à l'état des personnes ; et notamment en matière de divorce et de séparation de corps, on applique par analogie à la requête civile l'effet suspensif attribué par l'article 248, al. 6, au pourvoi en cassation. (3)

Si la requête civile est suspensive, est-ce que le délai est lui aussi suspensif ?

La requête civile présente deux groupes de causes : des causes qui doivent être invoquées dans le délai de deux mois à compter du jour de la signification à personne ou à domicile du jugement attaqué (article 483 C. P. C.) et des causes qui peuvent être invoquées dans un délai de deux mois qui ne courra qu'à partir du jour où ces causes auront été connues (pièces fausses, vol) article 488 C. P. C.).

Les causes de ce deuxième groupe permettent d'attaquer le jugement plusieurs mois, plusieurs années même après sa signification.

(1) Voir note 2 au D. P. 88, 2, 39 et note 4-6 au D. P. 1900, 2, 57.

(2) D. P. 86, 4, 30, note 5.

(3) GARSONNET, t. 6, § 2377.

Il ne peut être question de n'accorder au jugement aucune autorité pendant cette période d'attente qui peut se prolonger pendant trente ans, en vue d'un recours problématique qui ne se produira probablement pas.

Seul le délai de deux mois à partir de la signification à partie ou à domicile doit, par analogie avec le délai du pourvoi en cassation qui se confond avec lui d'ailleurs, pourra suspendre les effets du jugement.

Que penser de la prise à partie ?

En principe la prise à partie est un recours non contre le jugement, mais contre le juge, et elle n'aboutit à l'annulation du jugement qu'exceptionnellement. Elle peut être formée pendant trente ans. Il est bien évident qu'on ne peut attendre pendant trente ans un recours qui n'aboutirait pas forcément à l'annulation du jugement, pour accorder toute son autorité à ce jugement.

Mais si la prise à partie était engagée aussitôt après le prononcé du jugement, il serait prudent de connaître l'issue de cette procédure avant de déclarer définitif le jugement de divorce ou de séparation de corps.

Ce serait une dérogation au droit commun, puisque la prise à partie ne suspend pas l'exécution de la décision qui y a donné lieu, mais cette dérogation serait bien dans la ligne de conduite adoptée pour les autres voies de recours, et il n'y aurait aucune raison de créer entre la prise à partie et l'appel ou le pourvoi en cassation, une différence qui exposerait aux inconvénients qu'on veut éviter.

En conclusion, un jugement de divorce n'a contrairement aux jugements ordinaires, autorité de la chose jugée que lorsqu'il est définitif. Et il n'est définitif que lorsque les délais de toutes les voies de recours autorisées en cette matière sont écoulées ou qu'une décision est intervenue sur les recours qui ont pu être exercés.

DEUXIEME PARTIE

Conséquences juridiques de la situation créée par le divorce et la séparation de corps prononcés entre deux époux

Au cours de la première partie, il a été dit, à plusieurs reprises, que le divorce et la séparation de corps étaient des mesures complexes qui avaient un but principal (rupture du lien conjugal pour le divorce, relâchement du lien conjugal pour la séparation de corps), et de nombreuses conséquences accessoires découlant inévitablement de la cessation de la vie conjugale.

Il est donc tout naturel d'examiner la situation créée par le double prononcé du divorce et de la séparation de corps en se plaçant à ce double point de vue de la cessation de la vie conjugale, et de la liquidation de l'association conjugale.

CHAPITRE PREMIER

EFFET PRINCIPAL

Il ne se posera à ce sujet qu'une seule question.

Le lien du mariage est-il rompu, est-il seulement relâché ? Ou rompu pour l'un des époux et relâché pour l'autre ?

On a presque honte de poser la question maintenant. Et pourtant combien de fois n'est-elle pas posée, non seulement par les parties, mais aussi par leurs conseils, et tous ceux-ci hésitent et réfléchissent quand la question leur est posée pour la première fois, avant de répondre : « Ça ne fait pas de doute. Le mariage est rompu pour les deux époux », et ils ne sont pas encore parfaitement sûrs de leur réponse tout d'abord. Leur conviction ne se renforce qu'au fur et à mesure et à la réflexion. Et ils sont tout confus ensuite d'avoir pu hésiter et d'avoir failli tomber dans un piège.

La situation paraît tellement « une fausse situation » qu'elle déconcerte d'abord l'esprit, et qu'il faut faire vraiment effort pour redresser son jugement.

Mais ce trouble ne dure qu'un instant et le raisonnement reprend vite ses droits. Le lien du mariage ne peut pas être rompu et relâché à l'égard des mêmes époux ; et de même qu'au cours d'un duel, la distance est la même entre les deux adversaires dans chaque sens, de même le lien du mariage qui est rompu est nécessairement rompu entre les deux époux, entre le demandeur en divorce, défendeur en séparation de corps, et le défendeur en divorce, demandeur en séparation de corps.

On verrait bien qu'il ne peut pas, en effet, y avoir de doute, sur la réponse à faire, si lorsque la question est posée on avait la présence d'esprit de penser aussitôt que dans le cas où le jugement de divorce intervient sur conversion d'une séparation de corps contre un époux qui bénéficie lui-même d'un jugement distinct de séparation de corps, le divorce est précisément demandé pour que fin soit mise complètement à ce qui subsiste du mariage. Mais on ne saurait penser à tout, et on ne pense pas sur-le-champ que l'effet de cette double décision est de rendre aux époux leur liberté totale. Le prononcé de la séparation de corps est à ce point de vue sans aucun effet, et a perdu toute utilité depuis le moment où le divorce est définitif. Chaque époux pourra à son gré contracter mariage, et si les époux se réconcilient, leur simple rapprochement ne les remettra pas dans les liens du mariage. Ils devront faire célébrer à nouveau leur mariage, alors qu'en cas de simple

séparation de corps l'article 311, al. 4, C. Civ., permet de faire cesser cette séparation par la reprise de la vie commune.

En tant donc que la séparation de corps est un mode de cessation de la vie commune, elle est absolument non avenue et dans les cas où les Tribunaux ont été appelés à se prononcer explicitement, ils ont bien montré qu'ils l'entendaient ainsi.

Toute la jurisprudence commentée dans la première partie, qui tranchait la question de principe de savoir si le divorce et la séparation de corps pouvaient coexister, et dans l'affirmative dans quelle mesure la séparation de corps devait se réaliser, a toujours donné un caractère provisoire et conditionnel à la décision qui prononçait la séparation de corps.

Cette jurisprudence prenait bien soin de préciser que la séparation de corps était prononcée, mais qu'elle n'aurait d'effet qu'autant que le divorce, quoique prononcé, ne divorcerait pas les époux, pour une raison ou pour une autre. La séparation de corps est pour ainsi dire virtuelle et non effective.

Certaines juridictions qui ont statué ont clairement exprimé leur pensée en employant la formule : « en tant que de besoin », ce qui revient à dire que la séparation de corps, quoique prononcée, est pour le moment sans effet et en réserve. Elle ne pourra entrer en action qu'en cas de défaillance du jugement de divorce,

« Il y a lieu de statuer sur la demande en séparation de corps, en tant que de besoin et pour le cas où le divorce ne serait pas mené à fin », dit la Cour de Paris dans son arrêt du 27 juin 1888, « attendu que le lien conjugal ne peut être à la fois relâché et rompu, et qu'il convient de ne prononcer la séparation de corps qu'éventuellement... P. C. M. Déclare *en tant que de besoin* la dame G... séparée de corps d'avec son mari », dit l'arrêt de la Cour de Rouen du 7 août 1888.

Et la Cour de Cassation fait chorus en jugeant qu'il n'y a aucune contradiction entre les deux dispositions (de divorce

et de séparation de corps), celle qui prononce la séparation de corps ne pouvant d'après la loi produire d'effet *qu'à défaut de la réalisation du divorce*. (1)

La Cour de Cassation emploie même une expression un peu excessive en disant qu'il en est ainsi d'après la loi : la loi ne dit rien à ce sujet.

En définitive, ce que la jurisprudence admet, c'est le concours des deux procédures, mais non le concours réel des deux mesures : c'est le divorce, et à défaut la séparation de corps, mais jamais à la fois le divorce et la séparation de corps.

*Le cumul des procédures
du divorce et de la séparation de corps
et le cumul des peines en droit pénal.*

Ce cumul ou concours des procédures, et ce non cumul des condamnations, provoquent, par association de mots, une association d'idées, et fait penser au concours des infractions et au non cumul des peines en droit pénal.

Ces deux systèmes juridiques n'ont aucun rapport entre eux, mais, malgré soi, la pensée les rapproche parce qu'ils présentent une certaine homothétie, toute superficielle d'ailleurs, et ont pour ainsi dire la même démarche.

Il est tentant de se laisser aller au jeu de les mettre en parallèles.

Il y a cumul d'infractions, ou concours d'infractions lorsqu'un individu a commis plusieurs infractions, sans avoir été dans l'intervalle de ces infractions, condamné pour l'une d'elles.

Le cumul est dit formel ou idéal lorsqu'un même fait matériel a été commis en infraction à plusieurs dispositions de la loi pénale. Par exemple : un attentat à la pudeur dans un lieu public constitue une infraction aux articles 331 et 332 du Code Pénal (attentat à la pudeur) et une infraction à l'article 330 du Code Pénal (outrage public à la pudeur).

(1) Cass. req. 16 mai 1899 : D. P. 99, 1, 288 ; 12 mars 1901 : D. P. 1901, 2, 294.

Le cumul est dit matériel lorsque les infractions distinctes résultent d'autant de faits matériels distincts. Par exemple : un individu commet d'abord un vol, puis un assassinat.

En principe le concours des infractions n'entraînent pas le cumul des peines attachées à chaque infraction. L'infraction la plus grave absorbe toutes les autres. Seule la peine qui lui est attachée est infligée. (1)

Le concours du divorce et de la séparation de corps peut être rapproché du concours idéal et surtout du concours matériel.

a) Le concours idéal peut plus facilement être rapproché d'une demande simple en divorce ou en séparation de corps.

Un même fait peut constituer deux infractions ou plus. De même aussi, un même fait peut être une cause de divorce, ou de séparation de corps.

Voici comment apparaît ce rapprochement :

En droit pénal, un même fait constitue deux infractions.

En droit civil, un même fait constitue deux causes de cessation de la vie conjugale : une cause de divorce ; une cause de séparation de corps.

Mais, tandis que la procédure pénale ouverte en raison de ce fait, ne peut retenir que l'infraction la plus grave, la procédure civile pourra aboutir indifféremment soit au divorce soit à la séparation de corps.

En droit pénal, il y a prééminence de l'infraction la plus grave. Le choix entre les deux infractions est imposé au juge par la loi, ou plutôt le juge n'a pas à choisir, il doit retenir l'infraction la plus grave.

Au contraire en droit civil, il n'y a pas prééminence du divorce sur la séparation de corps, un choix peut être fait entre ces deux mesures, mais l'option n'appartient pas au juge à qui le choix du divorce ou de la séparation de corps est imposé par le demandeur.

En tous cas, en droit pénal et en droit civil, les deux procédures ne peuvent pas se superposer. Une évince l'autre : il y a non cumul.

(1) Cass. 25 fév. 1921 : S. 1923, 1, 89 ; note Roux, 26 juin 1930 : S. 1922, 1, 74 ; GARÇON : C. Pén. annoté, art. 336, n° 49.

b) Le concours de deux demandes, l'une en divorce, l'autre en séparation de corps peut être rapproché plutôt du concours matériel d'infractions.

Des éléments comparables, soit parce qu'ils présentent des ressemblances, soit parce qu'ils présentent des différences, se trouvent dans ces deux sortes de concours, et sont relatifs à leur existence, à leur procédure et à leurs effets.

*1° Eléments d'existence du concours d'infractions
et du concours du divorce et de la séparation de corps.*

Deux ou plusieurs faits constituant des infractions distinctes et accomplis par la même personne donnent lieu au concours d'infractions.

Le concours du divorce et de la séparation de corps a pour fondement, deux faits ou deux séries de faits seulement, commis par deux personnes distinctes. L'une utilise dans une demande en divorce la série des faits commis par l'autre, et l'autre utilise dans une demande en séparation de corps, la série des faits commis par la première.

Le concours d'infraction résulte de la dualité des fautes d'un individu.

Le concours du divorce et de la séparation de corps résulte de la dualité des parties.

Dans ces deux sortes de concours, le caractère définitif d'un jugement rendu sur une infraction ou sur une des deux demandes a un effet capital. Il ne doit pas y avoir de jugement définitif sur l'une des fautes, en cas de concours d'infractions, sur les fautes d'une des parties en cas de concours de divorce et de séparation de corps.

Dans le concours d'infractions, s'il existe un jugement définitif sur une infraction, au moment où l'autre est commise, le concours d'infractions aura ses conséquences les plus complètes, c'est-à-dire qu'une condamnation distincte sera prononcée pour chaque infraction et toutes les condamnations prononcées s'additionneront. (1)

(1) Cass. 18 fév. 1898 : S. 99, 1, 201 ; 24 fév. 1910 : S. 1912, 1, 479 ; VIDAL et MAGNOL, p. 369, n° 259.

Dans le concours du divorce et de la séparation de corps, si un jugement de divorce définitif existe au moment où la demande de séparation de corps est engagée, cette demande est irrecevable, et toute possibilité de concours disparaît.

Un jugement définitif en droit pénal provoque non seulement le concours des poursuites, mais le cumul des condamnations.

Un jugement de divorce définitif en droit civil interdit tout concours de procédures, et à plus forte raison tout cumul de décisions.

Mais il faut remarquer que le cumul des condamnations se produit quel que soit le jugement devenu définitif le premier, que ce soit le jugement sur l'infraction la plus grave que ce soit le jugement sur l'infraction la moins grave, tandis que seul le jugement de divorce définitif fait obstacle au cumul des procédures et des décisions.

Si le jugement définitif le premier est le jugement de séparation de corps, rien n'empêche comme au cas de concours d'infractions, le cumul des procédures et des décisions.

2° Comparaison des procédures civiles et pénales :

Comme le concours des procédures du divorce et de la séparation de corps, le concours d'infractions peut donner lieu à une seule instance, ou à plusieurs instances séparées.

Lorsque les infractions ont été commises dans le ressort de la même juridiction, à peu d'intervalle l'une de l'autre, et sont de la compétence de la même juridiction, elles sont jointes et soumises en même temps au Tribunal compétent.

Malgré des discussions en doctrine, les Tribunaux en pratique rendent une décision pour chaque infraction et prononcent la confusion des peines. (1)

Lorsque les infractions ne sont pas jointes, les poursuites sont intentées séparément pour chaque infraction (article 379 Code Pénal) ; on trouve alors les mêmes hypothèses dans le cas de concours d'infractions et dans le cas de concours du divorce et de la séparation de corps :

(1) VIDAL et MAGNOL, p. 372, n° 260 *in fine*.

1° La peine la plus grave a été prononcée la première.
Le divorce a été prononcé le premier ;

2° La peine la plus faible a été prononcée la première.
La séparation de corps a été prononcée la première.
Une troisième hypothèse peut être envisagée :

3° Les deux peines sont de même nature et de même degré.

Dans ce cas on ne peut mettre en parallèles un concours du divorce et de la séparation de corps, mais un concours de deux divorces ou de deux séparations de corps.

Comme à propos du concours du divorce et de la séparation de corps, la peine la plus forte a d'abord été considérée comme « une fin de non recevoir » des poursuites concernant la seconde infraction.

Cette solution entraînait des inconvénients qui apparaîtraient à l'étude des effets du cumul des infractions et du non cumul des condamnations.

En raison de ces inconvénients la jurisprudence en est venue, comme en matière de divorce et de séparation de corps, à admettre qu'on pouvait statuer sur la deuxième poursuite sans prononcer de condamnation pour l'infraction, mais en déterminant les conséquences accessoires. (1)

De même pour la séparation de corps, on proposait de statuer sur les demandes accessoires sans prononcer la séparation de corps.

A l'heure actuelle, la jurisprudence est en ce sens qu'une condamnation pour l'infraction mineure doit être prononcée, comme la séparation de corps est prononcée en face du divorce. (2)

Dans la deuxième hypothèse, il n'y a aucune difficulté.

De même que le divorce peut être prononcé lorsqu'il existe déjà un jugement de séparation de corps entre deux époux, de même la peine la plus élevée qui sera seule exécutée et absorbera la peine inférieure, sera prononcée sans contestation possible. (3)

(1) Cass. civ. 3 janvier 1867 : S. 67, 1, 461.

(2) Cass. 29 juillet 1880 : S. 81, 1, 233 ; 16 mars 1911 : D. P. 1914, 1, 201 ; note DEGOIS, GARÇON ; Des effets de la révision : J. des PARQUETS 1903, 1, 35 et 36.

(3) VIDAL et MAGNOL, p. 376, n° 265.

Dans la troisième hypothèse, il n'y a aucune contradiction à rendre un jugement de divorce ou de séparation de corps à la requête d'un époux, alors que l'autre a bénéficié déjà d'un jugement non encore définitif de divorce ou de séparation de corps.

De même deux peines distinctes peuvent être prononcées, lorsqu'elles sont équivalentes. (4)

3° Effets du concours d'infractions et du concours du divorce et de la séparation de corps.

I. — Effet principal :

Que le concours d'infractions soit suivi d'une ou de deux décisions, seule la peine la plus forte est exécutée. Elle absorbe la peine la moins forte (article 365 C. I. C., 379 Code Pénal).

De même le divorce absorbe la séparation de corps et produit seul son effet.

En somme dans ces sortes de concours, il y a concours des procédures, mais non cumul des sanctions. La mesure la plus radicale écarte l'autre.

Mais elle ne l'écarte pas cependant d'une façon absolue à raison d'inconvénients qui ne manqueraient pas d'en résulter.

Les Tribunaux prononçant la deuxième peine ordonne à concurrence la confusion de cette peine avec la première.

Prononçant la séparation de corps, ils la prononcent en tant que de besoin.

Ces dispositions réservent un effet subsidiaire à la peine la moins forte, et à la séparation de corps.

Pour qu'il y ait confusion de la peine la moins forte et de la peine la plus forte, pour qu'il n'y ait pas besoin de la séparation de corps, il faut qu'il y ait effectivement une peine plus forte, et un divorce.

Si les sanctions majeures viennent à disparaître, les sanctions inférieures reprennent leur empire, alors que si

(1) Cass. 16 mars 1911 : VIDAL et MAGNOL, p. 378, n° 268 ; *Le Poitevin*, note 1910, 1, 161 ; DEGOIS 1914, 1, 201.

elles n'étaient pas prononcées, on aurait l'inconvénient de voir une infraction sans répression, et une demande en séparation de corps sans résultat.

Et de même que le divorce peut ne pas devenir définitif, de même la peine majeure peut être effacée par amnistie, par grâce ou par annulation, etc... (1)

II. — *Effets secondaires :*

Il est aussi utile de prononcer la peine inférieure, même en tant que de besoin, que de prononcer la séparation de corps, même en tant que de besoin, car ces sanctions ont aussi des conséquences accessoires.

L'infraction inférieure ainsi sanctionnée comptera pour la récidive, pour la relégation. Elle aura son cortège de peines complémentaires et d'incapacités (affichage du jugement, interdiction de séjour, relégation, amendes fiscales, dommages-intérêts (2) tout comme la séparation de corps produit accessoirement la révocation des avantages matrimoniaux, la suppression du droit de garde des enfants, de l'usufruit légal des biens des enfants mineurs, etc...).

Des deux côtés d'ailleurs, seules se produiront les conséquences accessoires qui ne sont pas incompatibles avec les condamnations majeures.

Est-il si étonnant de rencontrer tant de parallélisme dans deux systèmes aussi étrangers ?

Dépouillé de ses caractères particuliers, chaque système apparaît comme une mesure de quantités.

Il n'est pas étonnant que le système métrique qui sert à cette mesure ait les mêmes règles, les mêmes principes.

Que le mètre serve à mesurer de l'étoffe, ou des terrains, les règles du système métrique sont les mêmes.

Qu'il s'agisse d'apprécier les rapports de grandeur de deux infractions ou les rapports de grandeur du divorce ou de la séparation de corps, il s'agira toujours de mesurer

(1) Cass. 1^{er} mars 1900 : S. 1903, 1, 59 ; 16 mai 1931 : G. P. 30 juin 1931. — Cass. 12 juin 1885 : S. 87, 1, 98 ; 26 juin 1886 : S. 86, 1, 396. — Cass. 26 déc. 1912 : S. Som., 1913, 1, 43 ; 1^{er} mars 1917 : S. Som. 1917, 15.

(2) Mêmes références que note 1.

des rapports, les démarches de l'esprit seront les mêmes pour conclure que le numérateur est contenu dans le dénominateur, le plus grand contient le plus petit, la peine la plus forte contient la peine la moins forte, et le divorce contient la séparation de corps.

Et cette longue digression d'arithmétique juridique confirme en définitive la conclusion déjà posée : s'il est possible que les procédures de divorce et de séparation de corps concourent entre elles, il n'est pas possible que le divorce et la séparation de corps se cumulent ; le divorce absorbe la séparation de corps comme la peine la plus forte absorbe la plus faible.

Cette solution donnée dans les cas où la difficulté était tangible, s'appliquera facilement, sans qu'aucune objection puisse être faite, aux cas qui contiennent la même difficulté, mais à l'état latent, c'est-à-dire dans les cas où les Tribunaux ne sont pas appelés à départager le divorce et la séparation de corps et à assigner explicitement à l'un et à l'autre leur place respective, parce que le divorce et la séparation de corps ne sont pas en conflit ouvert du fait que la séparation de corps préexiste entre les deux époux.

C'est le cas où deux époux sont séparés de corps à leurs torts réciproques et où un seul des époux demande ensuite le divorce. C'est le cas encore de deux époux qui ont obtenu deux jugements de séparation de corps distincts, et dont l'un est converti en divorce à la requête de l'un d'eux.

A partir du jour où le jugement de divorce postérieurement intervenu produira tous ses effets, la séparation de corps antérieure devra céder la place et sera désormais non avenue, en tant qu'elle relâchait seulement le lien du mariage.

La formule « en tant que de besoin » s'appliquera aussi bien à cette situation. Il n'y a plus besoin de séparation de corps pour désunir les époux. La séparation de corps est effacée. Mais il y en a encore besoin pour faire reconnaître les torts d'un époux et faire produire les conséquences attachées à ces torts. Le jugement de séparation de corps conservera son utilité et sa valeur à cet égard.

La question qui se posera sera de savoir dans quelle mesure la décision de séparation de corps agira.

Mais auparavant il importe de conclure que, puisque la séparation de corps est sans effet sur le lien du mariage, lorsque le divorce est également prononcé entre les époux, pratiquement les époux se trouvent dans la situation où ils seraient s'ils avaient obtenu le divorce à leurs torts réciproques, et que, la séparation de corps n'eut-elle pas été prononcée, leur situation serait la même, quant à l'état des personnes ; le lien du mariage est rompu : ils ne sont plus mariés.

Et il faut bien faire ressortir qu'il existe trois situations où en ayant simplement demandé la séparation de corps, un époux se trouve divorcé à ses torts et à ceux de son conjoint : quand les époux ont d'abord été séparés de corps à leurs torts réciproques, avant que l'un d'eux n'ait demandé le divorce ; quand un époux obtient le divorce, et l'autre la séparation de corps ; quand un époux demande et obtient le divorce, et que l'autre demande la séparation de corps mais ne l'obtient pas parce que le jugement qui doit la prononcer ne peut intervenir qu'après que le jugement de divorce est définitif.

Ces trois situations sont absolument identiques ; dans la dernière, la séparation de corps n'a pas été prononcée, ce qui indique bien que la séparation de corps est sans importance d'une part, et que d'autre part cette troisième situation doit être assimilée aux deux autres dans l'étude des conséquences accessoires, puisqu'ainsi qu'il était indiqué plus haut (p. 43), la seule différence qu'il y avait entre elles était l'absence du prononcé de la séparation de corps, et que cette différence n'a aucune conséquence fondamentale.

CHAPITRE II

EFFETS SECONDAIRES

Ces effets qu'on appelle secondaires ou accessoires, et auxquels il a été fait allusion plusieurs fois déjà, n'en sont pas moins des effets de premier ordre puisqu'ils concernent les intérêts moraux, affectifs et pécuniaires touchant à la

liquidation de l'association conjugale (garde des enfants, avantages matrimoniaux, pension alimentaire, nom, etc...).

De ces effets les uns sont provoqués par l'effet principal de la mesure sollicitée (divorce ou séparation de corps, rupture ou relâchement du lien du mariage) ; les autres sont en outre conditionnés par les torts imputés à chaque époux.

Les premiers se produisent donc automatiquement du fait même du divorce ou de la séparation de corps ; les seconds sont des sanctions infligées à l'époux dont les fautes ont entraîné le divorce ou la séparation de corps.

*I. — Conséquences rattachées à l'effet principal
du divorce et de la séparation de corps.*

A priori il est bien évident que le simple relâchement et la rupture du lien du mariage ne peuvent pas avoir les mêmes effets. Le divorce a un grand nombre d'effets incompatibles avec les effets du même ordre produits par la séparation de corps.

Aussi, lorsque le divorce et la séparation de corps seront en opposition entre les deux époux, le divorce imposera-t-il sa loi et la séparation de corps devra-t-elle encore s'effacer.

Il est facile d'en fournir des exemples :

a) Capacité civile de la femme :

Les différences sont nombreuses entre le divorce et la séparation de corps quant à la capacité civile de la femme.

Ces différences subsistent malgré la loi du 18 février 1938 qui a donné à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile, et a modifié les textes du Code Civil relatifs à la capacité de la femme mariée.

Le texte général qui, avant la loi du 18 février 1938, concernait la capacité de la femme séparée de corps, était l'article 311, alinéas 2 et 3 C. Civ., introduits par la loi du 6 février 1893.

« La séparation de corps, disait ce texte, emporte toujours la séparation de biens.

« Elle a en outre, pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice ».

Aux termes de cette loi du 6 février 1893, la femme recouvrait non seulement la capacité d'administrer, mais la pleine capacité civile. La règle était générale : l'autorisation du mari ou de justice n'était plus nécessaire à la femme séparée de corps en aucun cas. La seule survivance de l'autorité maritale était que, si la femme dissipait ses biens, le mari avait la ressource de lui faire nommer un conseil judiciaire.

Ainsi, bien que la femme séparée de corps soit soumise aux règles de la séparation de biens, elle avait une capacité plus complète que la femme séparée de biens seulement, soit par contrat de mariage, soit judiciairement.

La femme, séparée de biens seulement, devait obtenir l'autorisation maritale pour les actes de disposition. C'est ce que prescrivent, l'art. 1449 C. Civ. pour la femme séparée de biens judiciairement : « La femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari ou sans être autorisée par justice à son refus », et l'article 1538 C. Civ. pour la femme séparée de biens par contrat de mariage : « Dans aucun cas, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou à son refus sans être autorisée par justice ».

L'alinéa 3 de l'article 311 dispensait la femme séparée de corps et de biens de toute autorisation. (1)

Cependant la femme séparée de corps n'avait pas absolument la capacité de la femme non mariée :

Certaines restrictions à sa capacité subsistaient, relatives notamment à l'inaliénabilité de la dot pendant le mariage, à la mainlevée de l'hypothèque légale, aux questions d'état.

Inaliénabilité de la dot :

L'article 1554 C. Civ. énonce que les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux époux conjointement, (sauf certaines exceptions énumérées à la suite).

(1) PLANIOL, t. 1, n° 1323, p. 410.

La séparation de corps ne pouvait faire recouvrer à la femme la libre disposition de sa dot. (1)

L'inaliénabilité de la dot cessait seulement lors de la dissolution du mariage. La dot perdait sa nature et se confondait avec les autres biens de la femme, (2) que la dissolution ait eu pour cause le décès de l'un de l'époux, ou le divorce prononcé entre eux.

Mainlevée de l'hypothèque légale de la femme :

Bien que la loi ait été muette sur ce point, et malgré certaines divergences (3), la doctrine et la jurisprudence (4) admettaient généralement que tant que le mariage subsistait, la femme, même séparée de corps, ne pouvait pas donner mainlevée pure et simple de son hypothèque légale avec désistement de tous ses droits hypothécaires. La réponse était moins nette lorsqu'il s'agissait seulement de la réduction de l'hypothèque légale, et la Cour de Paris a jugé le 16 mai 1902 que la femme séparée de corps avait capacité pour restreindre sur un immeuble déterminé son hypothèque légale aux seuls droits éventuels qui survivent à la séparation de corps.

En tous cas, elle ne pouvait renoncer à son hypothèque légale que lorsque le mariage était dissous.

(1) J. G. S. Sép. de corps 144 ; Discours de M. Léon RENAULT au Sénat, séance du 20 janvier 1887. Travaux préparatoires de la loi du 6 février 1893 : *J. O.* 20 janvier 1887, p. 207 ; Rapport de M. ARNAULT devant la Chambre des Députés, le 28 nov. 1887 : *J. O.* 24 déc. 1887, annexes, p. 438, n° 2151.

(2) J. G. Contrat de mariage 3423. RODIÈRE et PONT : *Traité du Contrat de mariage et du droit respectif des époux*, 2^e éd. t. 3, p. 329, n° 1767 ; Lyon, 28 nov. 1890 : *G. P.* 91, 1, 242 ; Amiens, 1^{er} déc. 1898 : *D. P.* 1900, 2, 207.

(3) Voir dissertation THOMAS, *D. P.* 1912, 2, 129.

(4) J. G. S., Privilèges et hypothèques 450. GUILLOUARD : *Traité des privilèges et hypothèques*, t. 2, n° 860, 1. AUBRY et RAU : *Cours de Droit Civil français*, 5^e éd., t. 3, n° 264 *ter*, p. 369, texte et notes 5 et 5 *bis*. BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES : *Du nantissement des privilèges et hypothèques*, t. 2, n° 973. Dissertation CLARO : *D. P.* 1903, 2, 225. Trib. civ. Mayenne, 14 nov. 1902 : *D. P.* 1903, 2, 225. Cour de Bordeaux, 13 juin 1910 : *D. P.* 1912, 2, 129 : CONTRA, Paris, 16 mai 1902 : *D. P.* 1903, 2, 225.

Mais un décret du 14 juin 1938 a ajouté à l'article 2135 C. Civ. deux alinéas qui permettent à la femme mariée de renoncer à son hypothèque légale, de telle sorte que disparaît cette restriction à la capacité de la femme séparée de corps.

Questions d'état :

L'article 108 C. Civ. prescrit que toute signification faite à la femme séparée, en matière de questions d'état devra également être adressée au mari à peine de nullité.

La femme divorcée est au contraire absolument libre et son ex-mari n'a plus à s'occuper d'elle.

REFORME DE LA LOI DU 18 FEVRIER 1938 :

La modification apportée par le décret du 14 juin 1938 mise à part, quelle est la situation faite actuellement à la femme séparée de corps par la loi du 18 février 1938, intitulée : « Loi portant modification des textes du Code Civil relatifs à la capacité de la femme mariée ? ».

Cette loi a abrogé l'alinéa 3 de l'article 311, et elle a complètement modifié l'article 215 C. Civ. qui proclamait l'incapacité de la femme mariée.

L'article 215 nouveau proclame au contraire sa pleine capacité civile ; il a repris pour toutes les femmes mariées, donc les femmes séparées de corps comprises, la formule de l'article 311 accordant capacité civile à la femme séparée de corps. Article 215 : « La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile ».

Comme ce texte est général, le texte particulier de l'article 311 est devenu inutile et il a été supprimé.

Mais le texte de l'article 215 n'a pas maintenu la dispense accordée à la femme séparée de corps, de toute autorisation, dispense contenue dans l'article 311, et il a ajouté : « Les restrictions à l'exercice de la capacité civile ne peuvent résulter que des limitations légales ou du régime matrimonial adopté ».

Ce nouveau texte anéantit-il la réforme de la loi du 6 février 1893, et la femme séparée de corps et de biens doit-elle être purement et simplement assimilée à une

femme mariée sous le régime de la séparation de biens, ou judiciairement séparée de biens, et doit-elle subir les restrictions et limitations de capacité prévues pour ces régimes, et notamment les articles 1149 et 1538 C. Civ. examinés plus haut (1) doivent-ils lui être appliqués ?

A s'en tenir à la lettre de la loi du 18 février 1938, la femme séparée de corps a la capacité limitée par les dispositions légales du régime matrimonial sous lequel elle se trouve, et s'il s'agit du régime de la séparation de biens, soit contractuelle, soit judiciaire, par les articles 1449 et 1538 C. Civ.

La femme séparée de corps et de biens est soumise aux règles de la séparation de biens, tel est le résultat auquel aboutit l'application stricte de la nouvelle loi.

Faut-il conclure que la capacité de la femme séparée de corps a été diminuée par cette nouvelle loi, alors que la capacité de la femme mariée a été étendue ?

Malgré la solution à laquelle conduisent les textes, une réponse négative s'impose.

Cette restriction ou cette limitation de la capacité de la femme séparée de corps, telle qu'elle résulte de la lettre de la loi, est due à une maladresse de rédaction, ou plutôt à un oubli imputable à la méthode utilisée pour l'élaboration de la loi.

Jamais il n'a été dans l'intention du législateur qui d'une manière générale étendait la capacité de la femme, de réduire la capacité de la femme séparée de corps.

Le projet de loi contenait deux parties, une qui concernait la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée, et une qui traitait des régimes matrimoniaux.

A l'origine les deux parties étaient solidaires, et chacune était rédigée en fonction de l'autre.

Or, dans la loi, seule la première partie a été maintenue. Les textes modifiant les régimes matrimoniaux n'ont pas été promulgués, et il s'en est suivi un déséquilibre profond de la réforme. Les régimes matrimoniaux ne sont plus en accord avec les nouvelles règles de la puissance maritale et de la capacité de la femme mariée : certains régimes, par exemple, continuent à exiger l'autorisation du mari pour

(1) Voir *supra*, p. 74.

les actes de la femme (articles 1449 et 1538 C. Civ.) et les textes sanctionnant les nullités pour défaut d'autorisation ont été supprimés. (1)

Que feront les Tribunaux ? Etant donné qu'il n'y a pas de nullité sans texte, ils ne pourront dire nulles les aliénations faites par la femme séparée de biens sans autorisation de son mari : cela reviendra à dire que l'autorisation du mari n'est pas nécessaire.

Quant à la femme séparée de corps, le régime nouveau sera semblable au régime ancien. La loi n'a pas voulu revenir en arrière, et l'aurait-elle voulu, il ne serait pas possible de lui obéir. La femme séparée de corps de 1938 a la capacité de la femme séparée de corps de 1937, avec les mêmes réserves et restrictions, mais pas davantage. Elle n'est pas tenue de demander l'autorisation pour aliéner ses immeubles. Mais elle ne peut aliéner ses biens dotaux, (2) et les significations qui lui sont faites en matière d'état doivent être également faites au mari à peine de nullité.

La femme divorcée au contraire est absolument maîtresse d'elle-même et de ses droits, comme une femme non mariée.

Quand entre deux époux le divorce est prononcé, même s'il existe aussi une séparation de corps à la requête de la femme contre laquelle le divorce est prononcé, seuls les effets du divorce se produisent, et la capacité de la femme est celle d'une femme divorcée, d'une femme libre.

Le critérium qui revient sans cesse est la dissolution du mariage.

Le mariage est-il dissous, la femme peut agir absolument seule (aliéner sa dot, recevoir les significations faites en matière d'état).

Le mariage n'est-il pas dissous : elle ne peut pas aliéner sa dot, et les significations en matière d'état doivent être faites à son mari.

Ainsi, que la femme ait obtenu le divorce et son mari la séparation de corps, ou qu'elle ait obtenu la séparation de corps et son mari le divorce, dès que le mariage est

(1) Voir commentaires de la loi du 18 février 1938, par M. SAVATIER. Lois nouvelles 1938, n° 10, p. 50, et n° 11, 1^{re} partie, p. 61.

(2) Commentaires de l'article 311 nouveau, de la loi du 18 février 1938, par M. Marcel NAST, D. P. 1939, 4, 10.

dissous, la femme n'a plus seulement la capacité de la femme séparée, mais de la femme divorcée, de la femme libre.

Ce critérium de la dissolution du mariage apporte la solution à de nombreux autres problèmes qui pourraient se poser :

b) *Vente entre époux.*

b) La prohibition de l'article 1595 C. Civ. qui interdit la vente entre époux frappe-t-elle encore deux époux dont l'un a obtenu le divorce et l'autre la séparation de corps ?

La prohibition s'applique, cela ne fait pas de doute, entre époux séparés, puisque par exception l'article 1595 du C. Civ. autorise la vente entre époux à condition qu'ils soient séparés de biens, que la séparation de biens soit prononcée judiciairement (sans distinguer si les époux sont séparés de biens seulement ou sont séparés de biens par suite d'une séparation de corps), et que l'époux cédant vende à son conjoint parce qu'il est réellement débiteur de celui-ci.

En principe donc des époux même séparés de corps ne peuvent passer de ventes entre eux.

Des époux divorcés sont au contraire absolument libres. Des époux divorcés et séparés de corps verront l'interdiction de l'article 1595 supprimée pour eux par le divorce.

c) *Prescriptions.*

De même encore, ce sont les effets de la dissolution du mariage qui se produisent entre époux divorcés et séparés de corps dans les cas prévus par l'article 2253 : « La prescription ne court pas entre époux », et par l'article 2256, alinéa 2 : « La prescription est suspendue pendant le mariage, dans le cas où le mari, ayant vendu le bien propre de la femme sans son consentement est garant de la vente, et dans tous les autres cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari » ; par l'article 1304 relative à la prescription extinctive de l'action en nullité de conventions : « Ce temps (10 ans) court pour les actes passés par les

femmes mariées non autorisées du jour de la dissolution du mariage » (modifié par la loi du 18 février 1938) ; par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 fixant à un an le délai imparti pour l'inscription de l'hypothèque légale de la femme à partir de la dissolution du mariage.

Il faut reprendre chacun de ces textes séparément :

Article 2253 : « La prescription ne court point entre époux ».

Cette suspension de la prescription entre époux, édictée par ce texte, dure autant que le mariage lui-même. Il est admis que la prescription reste suspendue pendant la séparation de corps. (1)

La séparation de corps prononcée au profit d'un époux contre qui est prononcé le divorce a-t-elle le pouvoir de prolonger la durée de la suspension, de la prescription, alors que le mariage ne dure plus ? La suspension dure autant que le mariage, mais elle cesse avec lui. Et dès qu'il est dissous, rien, et en tous cas, pas une séparation de corps, ne peut empêcher la prescription de courir.

Article 2256-2°. — L'article 2256 prévoit deux hypothèses où la prescription est suspendue :

1° La prescription est suspendue lorsque la femme a une action qu'elle ne peut exercer qu'après option pour l'acceptation de la communauté ou pour la renonciation à la communauté.

Dans ce cas, la prescription n'est pas suspendue jusqu'à la dissolution du mariage. Dès la dissolution de la communauté, la prescription commence à courir, contrairement d'ailleurs à la lettre de l'article 2256 : « La prescription est suspendue pendant le mariage... ». La séparation de corps et le divorce ont à ce point de vue le même effet. (2)

2° La deuxième hypothèse est relative aux actions de la femme qui pourraient réfléchir contre le mari.

(1) PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique de droit civil* t. 3. Les biens par M. PICARD, n° 740 ; COLIN et CAPITANT, 7^e éd. T. 1, n° 876 ; AUBRY et RAU, T. 2, par. 216 ; Paris, 26 juillet 1862 : D. P. 63, 2, 112 ; Bordeaux, 3 février 1873 : D. P. 73, 2, 162 ; CONTRA : Bruxelles, 13 oct. 1822 : J. G. Prescription civile 708.

(2) AUBRY et RAU, t. 2, par. 214, p. 494 ; GUILLOUARD, T. 1, n° 115 ; BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, n° 434.

Pour éviter des conflits entre époux, les actions de cette nature que pourrait avoir la femme, ne peuvent être exercées qu'après la dissolution du mariage.

Tant que dure le mariage, les prescriptions qui pourraient éteindre les actions de la femme sont suspendues. C'est pourquoi, toute prescription continue d'être suspendue même après la séparation de corps, qui laisse subsister le mariage. (1)

Le mariage subsiste-t-il après le prononcé du divorce et la séparation de corps ? Il ne subsiste pas : la prescription doit courir.

Article 1304. — Jusqu'au 18 février 1938, l'article 1304 était ainsi rédigé :

« Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière cette action dure dix ans. Ce temps ne court... pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées que du jour de la dissolution du mariage ».

Cette dernière disposition a été abrogée par la loi du 18 février 1938. Mais jusqu'à cette date, la prescription de l'action en nullité des conventions faites par une femme mariée sans l'autorisation de son mari était suspendue pendant le mariage.

Comme dans les cas précédents, seule la dissolution du mariage faisait courir le délai qui était de 10 ans ; la séparation de corps ne pouvait sous ce rapport être assimilée au divorce. Bien que la femme ait eu à la suite de la séparation de corps le libre exercice de ses droits, elle continuait néanmoins à jouir du bénéfice de la suspension de prescription. (2)

Elle ne pouvait invoquer ce bénéfice à la faveur d'un jugement de séparation de corps qu'elle pouvait avoir obtenu, si le mariage était dissous par un jugement de divorce obtenu par le mari, ou vice versa.

(1) Civ. 18 mai 1830 : R. Contrat de mariage 3925 ; Bordeaux, 26 février 1835, R. eod, 3500 ; Req. 17 nov. 1835, R. 729-4° ; Lyon, 17 juillet 1857 : D. P. 57, 2, 219 ; TROPLONG, T. 2, n° 778 ; AUFRY et RAU, T. 2, par. 214 ; GUILLOUARD, T. 1, n° 119 ; BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, n° 441 ; PLANIOL, T. 1, n° 2702 ; CONTRA : VAZEILLES, T. 1, n° 294.

(2) PLANIOL, t. 2, p. 402.

Mais depuis la loi du 18 février 1938, la femme mariée peut valablement faire des conventions. Sa capacité a pour limitations cependant les limitations imposées par la loi ou par le régime matrimonial. Si une femme mariée contracte irrégulièrement eu égard aux dispositions de la loi ou à son régime matrimonial, l'acte peut être l'objet d'une action en nullité. Mais la prescription de cette action courra en principe du jour de l'acte, comme en toute matière. La loi du 18 février 1938 abrogeant l'alinéa 3 de l'article 1304 a supprimé toute suspension de prescription.

Il n'est plus besoin que le mariage soit dissous pour que la prescription coure, et sous ce rapport la séparation de corps et le divorce sont aussi dépourvus d'effet l'un que l'autre, et ne présentent aucune différence.

Article 8 de la loi du 23 mars 1855 :

En 1855 le divorce n'existait pas ; l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 faisait cesser la dispense d'inscription établie en faveur de l'hypothèque légale de la femme mariée à partir de la dissolution du mariage par décès d'un des époux et impartissait pour cela un délai d'une année.

Bien que cette loi n'ait prévu, que le décès comme cause de dissolution du mariage, et ne parle que de la veuve et des héritiers et ayants cause de la femme, il n'est pas douteux que sa disposition ne doive être étendue à la femme divorcée. (1)

La femme séparée de corps au contraire n'est pas tenue d'inscrire son hypothèque légale (2) parce que la séparation de corps ne dissout pas le mariage.

Le délai courra nécessairement malgré la séparation de corps si le divorce est également prononcé.

d) Reprise par chaque époux de son nom personnel.

Parmi les effets attachés à la dissolution du mariage, et qui dans le domaine où ils se produisent, contredisent les

(1) Trib. civ. Bordeaux, 15 janvier 1894 : D. P. 94, 2, 577 ; Aix, 9 mai 1898 : D. P. 98, 2, 509 ; AUBRY et RAU, T. 3, par. 269, p. 511-512 ; PLANIOL, T. 2, n^{os} 2999 et 3001 ; Dissertation de M. de LOYNES : D. P. 94, 2, 577.

(2) Trib. civ. Lourdes, 1^{er} mars 1910 : La loi du 6 juin 1910 ; Rép. prat. D. Nez : Privilèges et hypothèques n^o 1332.

effets de la séparation de corps, et les annihilent lorsque la séparation de corps est englobée par le divorce, il faut encore citer : la reprise par chaque époux de son propre nom (article 299), la liberté en cas de remariage entre les ex-conjoints d'adopter un nouveau régime matrimonial (article 295), la possibilité pour un époux divorcé de reconnaître un enfant naturel (article 337).

Lorsque la séparation de corps est seule prononcée entre les deux époux, un jugement peut interdire à la femme de porter le nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter, et dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, celle-ci pourrait également demander qu'il soit interdit au mari de le porter (article 311 C. Civ.).

L'usage du nom est laissé à la discrétion de chaque partie tandis que de plein droit, en cas de divorce, chaque époux reprend l'usage de son nom, par le seul effet du divorce (article 299 C. Civ.).

Ici encore la séparation de corps sera sans force devant l'effet radical du divorce.

e) *Réconciliation des époux.*

Si deux époux séparés de corps se réconcilient, la séparation de corps cesse, et les époux peuvent rester sous le régime de la séparation de biens créé par la séparation de corps, ou faire revivre leur régime matrimonial antérieur. Mais il leur est interdit d'adopter un autre régime matrimonial (art. 311, al. 3, art. 1451 C. Civ.).

Il en était de même en cas de divorce sous l'empire du Code Napoléon et de la loi du 27 juillet 1884. Deux époux divorcés qui se réunissaient devaient adopter obligatoirement le régime matrimonial qui réglait leur union primitive. Cette disposition jugée illogique et dont la sanction n'était pas organisée par la loi d'une façon très claire, n'a pas été reproduite dans la nouvelle rédaction de l'article 295 C. Civ. faite par la loi du 4 janvier 1930, de telle sorte qu'aujourd'hui deux époux divorcés ont, en se remariant l'un avec l'autre, la liberté d'adopter le régime matrimonial qu'il leur plaît d'adopter. Les mêmes textes contiennent une autre différence entre le divorce et la séparation de corps : au cas de réunion de deux époux divorcés, une nouvelle célébration du mariage est nécessaire. Au cas de ces-

sation de la séparation de corps, aucune formalité n'est nécessaire entre les époux. La reprise de la vie commune doit être constatée par acte notarié et publiée conformément à l'article 1451, mais seulement pour que ses effets puissent être opposés au tiers. A tous ces points de vue, les époux simultanément, divorcés et séparés de corps sont assimilés aux époux divorcés.

f) *Reconnaissance d'enfants naturels.*

L'article 337 C. Civ. déclare que la reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci ni aux enfants nés de ce mariage.

Néanmoins cette reconnaissance produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants.

De ce que l'article 337 ne parle que de la reconnaissance faite pendant le mariage, il résulte, d'après la thèse généralement admise, qu'un enfant naturel né avant le mariage, peut être valablement reconnu après sa dissolution, survenue soit par le décès, soit par le divorce, encore qu'il existe des enfants de ce mariage. (1)

Il ne fait pas de doute qu'en dehors de la dissolution du mariage, dans le cas de séparation de corps, l'article 337 s'appliquera et interdira la reconnaissance d'un enfant naturel non issu des deux époux. Mais en revanche la reconnaissance sera permise, suivant le droit commun si son auteur est à la fois séparé et divorcé.

g) *Quotités disponibles.*

Les quotités disponibles en matière de libéralités par donations ou testaments entre époux, ne sont pas les quotités disponibles ordinaires (art. 1094 C. Civ.).

(1) PLANIOL, RIPERT et ROUAST, t. 2, n° 864 ; Douai, 29 janvier 1879 : D. P. 80, 2, 213 ; Dijon, 7 mai 1879 : D. P. 80, 2, 213 ; AUBRY et RAU, 4^e éd., t. 6, § 568 *quater*.

L'époux qui ne laisse pas d'enfants peut disposer en faveur de son conjoint de ce dont il pourrait disposer en faveur d'une personne quelconque, et en outre de la nue propriété réservée aux ascendants par l'article 914 C. Civ.

S'il laisse des enfants, il ne peut donner à l'autre époux qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié en usufruit.

Ordinairement la quotité disponible est de moitié si le donateur n'a pas d'enfants, mais laisse un ascendant au moins dans chaque branche maternelle et paternelle, et de trois quarts s'il ne laisse d'ascendants que dans une branche (article 914).

Si le donateur a un enfant, il ne peut disposer que de la moitié de ses biens ; s'il en a deux, il ne peut disposer que du tiers ; s'il en a trois ou plus, il ne peut disposer que du quart.

Bien que le fait ne doive pas se présenter souvent, on peut envisager le cas où un époux divorcé fait postérieurement au divorce une donation à son ancien conjoint.

Ils sont aux yeux de la loi étrangers l'un à l'autre, et les quotités qui devront être observées seront celles des articles 913 et 914, suivant que le donateur a ou n'a pas d'enfants.

Si les époux sont simplement séparés de corps, quel sera le taux des quotités disponibles, celui des quotités entre époux ou celui des quotités ordinaires ?

L'article 1094 est rédigé de telle sorte qu'il ne peut y avoir de difficulté. Bien que pratiquement les époux soient l'un par rapport à l'autre dans la même situation que s'ils étaient divorcés, il faut sous ce rapport considérer que le mariage n'est pas dissous et que la libéralité qui sera faite, sera faite pendant le mariage. Les quotités fixées par l'article 1094 devront être observées.

En cas de séparation de corps et de divorce, la séparation de corps laissera prévaloir les effets du divorce.

h) Révocation des donations.

Pour rester dans le domaine des donations, il faut examiner la question de la révocation des donations :

Aux termes de l'article 894 C. Civ., les donations entre vifs sont en principe irrévocables. Or par exception

l'article 1096 stipule que toutes donations faites entre époux, pendant le mariage quoique qualifiées entre vifs, sont toujours révocables.

Une donation faite par un époux divorcé à son ex-conjoint, postérieurement au divorce, doit être réputée irrévocable, n'étant pas faite entre gens mariés.

Au contraire une donation faite postérieurement à une séparation de corps est faite entre gens mariés et doit être considérée comme révocable. Et une donation faite entre deux époux divorcés et séparés de corps postérieurement au divorce est faite entre gens non mariés. Elle est donc irrévocable.

C'est au moment où la donation est faite qu'il faut se placer pour apprécier si elle est ou non révocable. Si la donation est faite à un moment où il n'existe entre les époux qu'un jugement de séparation de corps, la donation est révocable, même s'il intervient par la suite un jugement de divorce.

i) *Donations réciproques.*

Deux personnes peuvent en général se faire, si bon leur semble, des donations mutuelles et réciproques par un seul et même acte.

Pendant le mariage, les époux ne peuvent se faire ni par acte entre vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte (article 1907 C. Civ.).

Deux anciens conjoints désunis par le divorce auraient à cet égard la même liberté.

Au contraire, deux époux séparés de corps en seraient privés par les liens du mariage, et devraient rédiger deux actes distincts. Mais les époux simultanément séparés et divorcés sont assimilables aux époux divorcés.

j) *Donations indirectes, déguisées et par personne interposée.*

En vertu du principe suivant lequel on peut faire indirectement ce qui peut être fait directement, le droit commun permet de faire des donations indirectes, déguisées ou

par personnes interposées, sauf si la donation est faite à un incapable, ou par un époux à l'autre (articles 911, 1099 et 1100 C. Civ.).

Cette interdiction dure tant que dure le mariage. Elle doit subsister donc pendant la séparation de corps, mais disparaître avec le divorce.

On voit les nombreuses différences qui existent entre les effets du divorce et les effets de la séparation de corps, en tant que ces mesures tendent l'une à rompre le mariage, l'autre à le relâcher.

Chaque fois qu'à propos d'une de ces différences une difficulté surgira entre deux époux dont l'un a obtenu un jugement de divorce, et l'autre un jugement de séparation de corps, infailliblement il y aura lieu de se rapporter uniquement à la règle édictée pour le divorce, tout en tenant compte cependant de l'intervalle de temps qu'il a pu y avoir entre le jugement de séparation de corps et le jugement de divorce.

k) Action en nullité de l'article 243.

Deux questions incidentes pourraient se poser : en cas de séparation de corps, la femme peut-elle exercer l'action en nullité de l'article 243 C. Civ., contre les actes de disposition faits par le mari postérieurement à l'ordonnance de non conciliation, en fraude des droits de la femme ? Le jugement de séparation de corps produit-il effet à partir du jour de la demande en ce qui concerne les rapports pécuniaires des époux ?

La première question est tranchée par la loi ; la deuxième par la jurisprudence.

Pour la première question, l'article 307 C. Civ. stipule que les articles 236 à 244 C. Civ. concernant le divorce sont applicables à la séparation de corps. Tout commentaire serait superflu.

La deuxième question a été l'objet d'une longue controverse qui a divisé les auteurs et la jurisprudence.

1) *Détermination de la date de dissolution
du régime matrimonial.*

L'article 252 C. Civ. indique expressément pour le divorce que le jugement ou l'arrêt définitif remontera quant à ses effets entre époux, au jour de la demande en ce qui touche leurs biens.

Cette disposition de la loi n'est que la reproduction de la jurisprudence en matière de séparation de corps avant la loi du 18 avril 1886.

Le résultat était assez curieux. La solution jurisprudentielle donnée à cette question en matière de séparation de corps avait inspiré la solution légale donnée en matière de divorce, lorsque le divorce fut rétabli en 1884. La solution légale ne pouvait pas être discutée pour le divorce et la solution jurisprudentielle continuait à être contestée pour la séparation de corps.

Cette jurisprudence, bien établie, appliquait à la séparation de corps la règle édictée par l'article 1445 C. Civ. en matière de séparation de biens, d'après laquelle le jugement rétroagit au jour de la demande. (1)

Mais alors qu'un texte de loi a adopté pour le divorce le système de la jurisprudence pour la séparation de corps, aucun texte de loi ne s'est occupé de la question en matière de séparation de corps. Et pour mettre fin à la controverse, un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation a été nécessaire. Il est du 27 mai 1921 (2) et décide tout naturellement que les effets du jugement de séparation de corps et de biens remontent au jour de l'assignation devant le Tribunal. (3)

A ce point de vue le jugement de divorce et le jugement de séparation de corps ont exactement le même effet ; et paradoxe vraiment curieux, tandis que dans les cas où le divorce et la séparation de corps ont des effets inconcilia-

(1) J. G. Contrat de mariage 1945 ; J. G. S. Contrat de mariage 681, et s. ; Dissertation de M. André ROUAST : D. P. 1923, 1, 65.

(2) D. P. 1923, 1, 65.

(3) Voir également Trib. Civ. Quimperlé, 21 juillet 1938 : D. H. 1938, p. 40 ; PLANIOL et RIPERT : Traité pratique de droit civil français, t. 9 ; Régimes matrimoniaux par Marcel NAST, n° 689.

bles, aucun conflit ne surgit entre le divorce et la séparation de corps, au contraire pour une fois où par hasard le divorce et la séparation de corps ont le même effet, la séparation de corps va en profiter pour tenir tête au divorce, et tâcher de produire effet malgré le divorce.

A quelle date faudra-t-il placer la dissolution de l'association conjugale au cas où un époux a demandé le divorce et l'autre la séparation de corps ? (1)

Sera-ce la date de la demande de séparation de corps ? Sera-ce la date de la demande en divorce qui déterminera la date de la dissolution du régime matrimonial ?

Il n'y a évidemment pas de difficulté si les deux demandes ont été formées en même temps, et c'est une hypothèse qu'il faut tout de suite exclure.

Il faut également exclure l'hypothèse où la demande en divorce a été formée la première. Si le divorce est prononcé, la dissolution du régime matrimonial remontera au jour de l'assignation en divorce.

Mais lorsque la demande en séparation de corps est formée la première et que le jugement de séparation de corps intervient le premier, est-ce que la dissolution du régime matrimonial remontera au jour de l'assignation en séparation de corps, ou remontera-t-il seulement au jour de l'assignation en divorce formée postérieurement ?

L'intérêt de la question est évident. Un des époux peut avoir intérêt à ce que la date de dissolution de l'association conjugale remonte le plus loin possible ; l'autre au contraire peut préférer la date la plus rapprochée. Entre les deux dates des actes d'administration entraînant des résistances de jouissance, ou même des actes de disposition ont pu être faits par un époux qui pourrait en profiter.

Même lorsque la demande en séparation de corps est formée la première et jugée la première, on peut encore facilement éliminer une hypothèse : celle qui se présente lorsque le divorce et la séparation de corps coexistent à la suite d'une double séparation de corps, suivie quelque temps après d'un divorce par conversion ou sur nouvelle demande d'un époux.

(1) Sur cette question, voir LECLERCQ ; Thèse Dijon 1937.

Il est certain dans ce cas, que la procédure de séparation de corps ayant été menée jusqu'à sa fin a produit tous ses effets jusqu'au jour où le divorce est devenu définitif. Il faut bien entendu que les jugements de séparation de corps soient devenus définitifs. Et ils le sont nécessairement lorsque le divorce est obtenu par conversion.

Dans l'hypothèse où un époux a formé une demande en séparation de corps, le premier, et où l'autre époux a formé une demande en divorce postérieure, il peut arriver que le jugement de séparation de corps soit prononcé le premier, et qu'il devienne définitif avant que le jugement de divorce soit définitif ; il peut arriver aussi que le jugement de séparation de corps soit prononcé le premier, mais ne soit pas définitif au moment où le jugement de divorce devient définitif ; il peut arriver encore que les deux jugements soient rendus en même temps et que le jugement de divorce devienne définitif ; il peut arriver enfin que le jugement de séparation de corps soit rendu après le jugement de divorce, mais avant que celui-ci soit définitif, ou même que le jugement rendu sur la demande en séparation de corps, tout en reconnaissant la demande bien fondée, ne prononce pas la séparation de corps en raison du jugement de divorce définitif.

Dans tous ces cas que faut-il décider ?

Il semble juridique de décider que, chaque fois que le jugement de séparation de corps aura pu devenir définitif avant le jugement de divorce, ce jugement produira tous ses effets jusqu'au jour où le jugement de divorce viendra le remplacer, et notamment le jugement de séparation de corps entraînera la liquidation du régime matrimonial à partir du jour de l'assignation qui a introduit la demande de séparation de corps.

La question est plus délicate lorsque le jugement de séparation de corps n'aura pas pu devenir définitif avant le jugement de divorce, et encore plus lorsque la séparation de corps n'aura pu, quoique justifiée, être prononcée en raison du jugement de divorce définitif.

Deux clefs peuvent servir à résoudre le problème :

D'une part on peut dire que la dissolution du régime matrimonial est un effet direct de la mesure qui doit la provoquer (divorce ou séparation de corps) et que si cette mesure

ne se réalise pas effectivement, elle ne peut entraîner par conséquent la dissolution du régime matrimonial. Cette dissolution serait entraînée uniquement par la mesure qui se réalise et c'est la procédure de cette dernière qui déterminera la date de dissolution du régime matrimonial d'après la date où cette procédure a été engagée.

D'autre part, au moins pour le cas où la séparation de corps est prononcée, on peut rappeler que le jugement rendu sur la demande en séparation de corps prononce la séparation de corps « en tant que de besoin ».

Ne peut-on admettre alors que le jugement prononcé sur la demande en séparation de corps a, entre autres utilités pour celui qui le sollicite, précisément celle de faire remonter à la date où il a formé sa demande, la liquidation des intérêts pécuniaires des époux.

Cette solution qui suivra peut-être moins à la lettre le texte de la loi, aurait le mérite de l'équité. Par suite des purs hasards de la procédure un époux aurait la chance de voir sa demande en séparation de corps déterminer la date de la dissolution du régime matrimonial, ou bien au contraire il aurait l'amertume de voir que les diligences qu'il a faites en introduisant sa demande le premier n'auraient servi de rien.

Cette solution serait bien dans l'esprit de la jurisprudence jusqu'ici étudiée et il ne semble pas déraisonnable de proposer que lorsque deux procédures de divorce et de séparation de corps engagées par chaque époux respectivement, aboutiront à deux décisions définitives, le régime matrimonial soit réputé, quant aux intérêts pécuniaires des époux, dissous au jour de l'assignation première en date.

Aucune décision ne s'est prononcée explicitement sur ce point. Mais certaines décisions laissent entrevoir cependant que les Tribunaux auraient penché dans ce sens s'ils avaient dû statuer.

C'est d'abord un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 20 février 1912 (1) qui a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Orléans du 24 février 1910.

(1) G. P. 1912, 1, 337.

Cet arrêt avait sur une double demande, en divorce, il est vrai, statué de plano sur une demande, et sursis à statuer sur la deuxième, tout en désignant un notaire pour procéder aux opérations de compte entre les époux sans attendre que le deuxième jugement fût intervenu.

C'est encore un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 15 mai 1933 (1) rendu sur un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 11 décembre 1929, qui avait statué, également, il est vrai, sur une double demande en divorce, et en ordonnant une enquête sur une demande, avait prononcé le divorce de plano sur l'autre en commettant un notaire pour procéder à la liquidation de la communauté.

Cet arrêt contient l'attendu suivant :

« Attendu qu'il résulte du divorce prononcé par la Cour que la communauté de biens entre les époux P... se trouve dissoute conformément à l'article 1441 et que les déchéances établies par les articles 299 et 300 du Code Civil sont encourues par l'époux aux torts duquel le divorce a été prononcé ; que la Cour, en présence de ces *conséquences inévitables immédiates* du divorce prononcé par elle, devait nécessairement prendre toutes mesures pour assurer la liquidation des intérêts respectifs des époux dans les conditions prévues par l'article 1476 C. Civ. et notamment commettre un notaire à l'effet de procéder à ladite liquidation ».

Ces arrêts ne sont peut être pas absolument convainquants, mais ils montrent bien que la jurisprudence avait considéré que la dissolution du régime matrimonial résulte du premier jugement rendu, et basait son opinion sur l'intérêt que peut avoir un époux à faire liquider ses droits au plus vite pour échapper aux procédures dilatoires dont peut user son conjoint.

Il apparaît bien que pour juger ainsi, la jurisprudence ne fait pas état de la réalisation effective de la mesure prononcée, car elle réunit dans un même argument en faveur de sa thèse, la nécessité de procéder à la liquidation (article 1441) et les déchéances encourues par l'époux dont les torts sont proclamés.

(1) G. P. 1933, 2, 283.

Or dans de nombreux cas, les Tribunaux ne statuent sur la demande d'un époux qu'en vue des avantages accessoires que cet époux pourra tirer de leur sentence, sans prononcer sur la demande elle-même. On peut donc bien considérer comme un de ces avantages la possibilité de faire remonter la dissolution du régime matrimonial au jour de la demande, même si cette demande n'aboutit pas à un résultat direct effectif.

Si on admet que, dans les cas où la séparation de corps est prononcée, mais à titre de réserve, et en tant que de besoin, la date de dissolution du régime matrimonial doit être celle de l'assignation en séparation de corps, même si par la suite intervient un jugement de divorce, cette solution devra également être admise dans le cas où la séparation de corps ne peut pas être prononcée, et où les Tribunaux statuent uniquement pour que l'époux demandeur ne soit pas privé des avantages indirects qu'il aurait obtenus si la séparation de corps avait été prononcée à son profit : si la demande de séparation de corps, bien qu'antérieure à la demande en divorce, ne peut être jugée que lorsque le jugement de divorce est définitif, la dissolution du régime matrimonial devrait remonter au jour de la demande en séparation de corps, malgré tout.

II. — *Conséquences rattachées à l'effet principal
pour le divorce,
et aux torts des époux pour la séparation de corps.*

Il reste à examiner une dernière série de cas où à propos d'un même objet, le divorce produit des effets attachés à la rupture du mariage, et où la séparation de corps produit des effets attachés aux torts des époux.

Ces cas présentent un caractère mixte qui permet de les utiliser comme transition entre l'étude des effets de la rupture du mariage et l'étude des effets des torts des époux. Ils sont relatifs au droit de succession et de jouissance des œuvres littéraires et artistiques du conjoint survivant (articles 767 C. Civ., loi du 14 juillet 1886) et au droit pour la veuve à la pension de retraite du mari prédécédé.

a) *Droit de succession du conjoint survivant.*

L'article 767 montre nettement cette différence entre le divorce qui produit des effets attachés à la rupture du mariage, et la séparation de corps qui pour les mêmes questions produit des effets attachés aux torts des époux.

En cas de dissolution du mariage par le divorce, aucun des deux époux, pas plus l'époux coupable que l'époux innocent n'a de droit sur la succession de l'autre.

En cas de séparation de corps, seul l'époux coupable perd ses droits à la succession de son conjoint. L'époux innocent conserve les siens dans la mesure où ils les avaient avant la séparation de corps, suivant le nombre et le rang des héritiers laissés par le conjoint décédé.

L'article 767 dit en effet : « Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent en pleine propriété au conjoint non divorcé qui lui survit, et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée », et plus loin : « Le conjoint survivant non divorcé qui ne succèdera pas à la pleine propriété et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, a sur la succession du prédécédé un droit d'usufruit »..

b) *Droit de jouissance des œuvres littéraires et artistiques.*

Le droit spécial de succession d'un époux sur les œuvres littéraires ou artistiques du conjoint est réglé de la même manière.

Ce droit qui porte le nom de droit de jouissance des œuvres littéraires ou artistiques a été organisé par une loi du 14 juillet 1866 à une époque où le divorce n'existait pas. Aussi cette loi ne comporte-t-elle aucune disposition réglementant le droit des époux divorcés. Quant à la séparation de corps, l'article 1^{er}, §4 en dit ce qui suit : « Cette jouissance n'a pas lieu, lorsqu'il existe au moment du décès une séparation de corps prononcée contre le conjoint (survivant) ».

Il n'est pas discuté que les droits successoraux de ce conjoint survivant sur la propriété littéraire et artistique du conjoint décédé, sont éteints en cas de divorce (1). Puisque la loi ne dit rien, il faut appliquer dans l'espèce le principe général d'après lequel le droit de succession, effet du mariage, est perdu en cas de dissolution du mariage par le divorce.

En conséquence, malgré une séparation de corps prononcée à son profit, un époux ne pourra prétendre quoi que ce soit à la succession de son conjoint, s'il existe en même temps un jugement de divorce au profit de celui-ci.

*c) Droit à la pension de veuve.
Veuve de fonctionnaire de l'Etat.*

Il existe cependant une exception d'autant plus surprenante qu'elle est récente et provient d'une réforme de la règle ancienne, en matière de pensions, servies par l'état à ses fonctionnaires civils ou militaires de terre et de mer, ou à leurs veuves.

Les lois fondamentales régissant la matière (lois du 11 avril 1831, du 9 juin 1853, du 25 juin 1866) et la jurisprudence décidaient que le droit à pension n'existait au profit de la veuve qu'autant qu'il n'y avait pas eu de séparation de corps prononcée sur la demande du mari ; le divorce s'opposait à ce que la femme même innocente puisse prétendre à pension du chef de celui qui avait été son mari. (2)

La veuve conservait son droit à pension, lorsque la séparation de corps était prononcée à son profit. C'était la règle du Code Civil. (3)

Par une mesure de libéralisme, et même de démagogie, excessive et incompréhensible, une loi du 14 avril 1924

(1) Rép. prat. *Dalloz* : Propriété littéraire et artistique n° 95.

(2) Inst. minist. Guerre, 23 mars 1897, art. 65 ; C. d'Etat, 21 déc. 1894 : D. P. 96, 3, 41 ; C. d'Etat, 24 juin 1914, 3^e esp. ; Rec. C. d'Etat, p. 754.

(3) C. d'Etat, 14 août 1865 : D. P. 65, 5, 349 ; C. d'Etat, 26 février 1870 : D. P. 70, 3, 81 ; C. d'Etat, 23 nov. 1910, 2^e esp. : Rec. C. d'Etat, p. 1817 ; Voir Rép. prat. *Dalloz*, pensions, n°s 126, 360, 362, 645.

réorganisant le service des pensions a détruit la concordance qu'il y avait entre le droit spécial à la pension du mari prédécédé et le droit général de succession du conjoint survivant.

L'article 26 de cette loi édicte que la femme séparée de corps ou divorcée, lorsque le jugement a été prononcé contre elle, perd tous droits à la pension de veuve.

La femme divorcée, mais non coupable, a les droits de la femme séparée de corps non coupable. Cette règle joue lorsque le décès du mari divorcé antérieurement à la loi survient postérieurement à cette loi. (1)

Et l'article 26 de la loi du 14 avril 1924 ajoute :

« En cas de divorce postérieur à la présente loi et prononcé au profit de la femme, celle-ci aura droit à la pension définie à l'article 23 ».

On en arrive à ce résultat exorbitant que la séparation de corps est désormais sans effet. Qu'elle ait été prononcée pour ou contre la femme, celle-ci est considérée tout simplement comme veuve.

La loi du 14 avril 1924 établit une réglementation distincte des effets du divorce et de la séparation de corps, suivant que ces mesures sont intervenues antérieurement ou postérieurement à la promulgation de la loi.

Pour les femmes divorcées ou séparées de corps antérieurement au 14 avril 1924, la loi retire tout droit à pension aux femmes contre lesquelles le divorce ou la séparation de corps ont été prononcés, et l'accorde aux femmes au profit de qui le divorce ou la séparation de corps ont été prononcés (article 26, alinéa 1 de la loi du 14 avril 1924).

Pour les femmes divorcées ou séparées de corps postérieurement au 14 avril 1924, l'alinéa 2 de l'article 26 de la loi du 14 avril 1924 ne retire le droit à pension qu'à la femme contre qui le divorce a été prononcé, l'accorde à la femme au profit de qui le divorce est prononcé, et reste muet sur la séparation de corps. Il faut bien en déduire que le législateur a eu l'intention de ne pas lui faire produire d'effet prohibitif.

(1) C. d'Etat, *Walter*, 21 déc. 1927: Suppl. rép. prat. *Dalloz* pensions, n° 126-2°.

La conséquence qui semble s'imposer est que, si la femme obtient le divorce contre son mari, et que le mari obtienne la séparation de corps, la femme, quoique divorcée, mais divorcée aux torts de son mari conservera ses droits à la pension, puisque ses torts personnels ont fait prononcer une séparation de corps qui est sans influence sur le droit à pension.

Si au contraire, la femme a eu le malheur de demander seulement la séparation de corps, et que le divorce ait été prononcé contre elle à la requête du mari, les torts des deux époux seront de même sorte dans ce cas et dans le cas précédent, leur situation de divorcés sera également la même, et cependant, la femme contre laquelle le divorce est prononcé, perdra tous ses droits à pension.

Il faut souhaiter que la jurisprudence ne suive pas la loi à la lettre, mais assouplisse ses dispositions en supprimant le droit de la femme lorsqu'elle est divorcée, et séparée de corps, puisqu'elle a des torts et que le mariage est dissous par le divorce.

Cette façon de voir s'imposerait d'autant plus que la contradiction qui vient d'être signalée n'est pas seule.

Veuve de marin non fonctionnaire

Pour les veuves de marin, il y aurait encore une anomalie suivant que le marin était fonctionnaire ou ne l'était pas.

Les marins qui ne sont pas au service de l'Etat ont institué une caisse de retraite, en vertu d'une loi de 29-30 décembre 1905 intitulée : « Loi sur la Caisse de Prévoyance des marins français » (1). Cette loi a été remaniée par une loi du 1^{er} janvier 1930 dont le titre est : « Loi du 1^{er} janvier 1930 portant réorganisation des services d'assurance des marins français contre la vieillesse, le décès et les risques et accidents de leur profession. (2)

(1) D. P. 1907, 1, 41.

(2) D. P. 1930, 4, 79.

L'article 6 de la loi du 29-30 décembre 1905 contenait *in fine* la règle usuelle : « La pension n'est jamais acquise à la femme divorcée ou contre laquelle a été prononcée la séparation de corps ».

La loi de 1930 n'a rien modifié à cet égard. C'est ce qu'on peut lire dans le commentaire qui en a été fait par M. Jean HOURTICQ, Auditeur au Conseil d'Etat (1) :

« (En dehors du taux des pensions) il n'est par ailleurs rien changé aux dispositions des articles 6, 7, etc... de la loi du 29 décembre 1905. Bornons-nous à rappeler que la pension n'est jamais acquise à la femme divorcée ou contre laquelle a été prononcée la séparation de corps ».

Quelle est la raison de l'innovation de la loi du 14 avril 1924 ? On n'aperçoit pas pourquoi une telle faveur est accordée à l'ex-épouse d'un marin fonctionnaire, alors qu'elle est refusée à l'ex-épouse d'un marin non fonctionnaire.

Mais il ne faut pas trop s'étonner, car le plus grand chaos règne dans cette matière des pensions. Aucun principe directeur ne préside à l'élaboration des lois, et d'une loi à l'autre le législateur oublie ce qu'il a fait.

Retraites ouvrières et paysannes

Tantôt la séparation de corps n'a absolument aucun effet et le divorce n'est opposable au prétendant droit que s'il a été prononcé contre lui.

Il en est ainsi en matière de retraites ouvrières et paysannes. La loi fondamentale du 5 avril 1910 édicte que la retraite constituée conformément à ses prescriptions n'est pas réversible au profit de la veuve. Mais si l'assuré laisse une veuve sans enfant de moins de seize ans avant la date d'échéance du premier terme de sa pension de retraite, il est allouée à celle-ci cinquante francs par mois pendant trois mois.

L'article 6 al. 2 ajoute qu'en cas de divorce les mêmes avantages sont alloués à la femme non remariée quand le divorce a été prononcé aux torts exclusifs du mari.

(1) D. P. 1930, 4, 73, sous l'art. 30.

Si la femme a obtenu le divorce aux torts du mari, et si le mari a obtenu la séparation de corps aux torts de la femme, celle-ci a-t-elle ou n'a-t-elle pas droit aux prestations de la loi du 5 avril 1910 ?

Une femme contre qui, seule la séparation de corps serait prononcée, ne serait certainement pas privée de ses droits, quoiqu'ayant des torts exclusifs, parce que le mariage n'est pas dissous.

Mais une femme contre qui la séparation de corps est prononcée et qui a obtenu le divorce, ne se trouve plus dans les liens du mariage, et les torts du mari ne sont pas exclusifs.

A s'en tenir à la lettre de la loi, il ne fait pas de doute que cette femme pourrait obtenir les prestations prévues. Cependant il semblerait plus logique et plus juste de les lui refuser et d'estimer que le divorce et la séparation de corps conjugués équivalent à un divorce aux torts réciproques.

Retraite des ouvriers mineurs.

Tantôt, les droits des veuves sont supprimés aussi bien par la séparation de corps que par le divorce, prononcés contre la femme.

Il en est ainsi des pensions de retraite des ouvriers mineurs, instituées par une loi du 29 juin 1894 modifiée par une loi du 25 février 1914 et de nombreuses lois subséquentes, le tout codifié par un décret du 2 mars 1937 lui-même modifié par une loi du 18 juillet 1937.

De cette législation il résulte (article 9 de la loi du 25 février 1914) que les pensions et allocations aux veuves ne sont attribuables que s'il n'y a pas eu divorce ou séparation de corps aux torts exclusifs de la femme.

S'il y a eu divorce aux torts réciproques, s'il y a eu séparation de corps aux torts réciproques, ou s'il y a eu divorce et séparation de corps aux torts réciproques, la femme conserve ses droits.

Retraite des employés de Chemins de fer

Il en est de même pour les pensions de retraite des employés et agents des Compagnies de Chemins de fer. Ces pensions ont été organisées par une loi du 27 décembre 1890 et par une loi du 21 juillet 1909.

Malgré la nouvelle organisation des Chemins de fer, et l'abondance de textes nouveaux relatifs aux pensions de retraite (1) le statut de ces pensions n'a pas varié sur le point débattu.

Les pensions de retraite des employés des Chemins de fer sont reversibles pour moitié au profit des veuves, sauf en cas de divorce ou de séparation de corps prononcés aux torts exclusifs de la femme.

Rente d'accidents du travail.

Tantôt enfin, la séparation de corps seule est suffisante pour priver le conjoint de tout droit.

Il en est ainsi en matière d'accidents du travail.

L'article 3 de la loi du 9 avril 1898 modifié par la loi du 31 mars 1905 accordait une rente de 20 % du salaire annuel de la victime d'un accident du travail suivi de mort au conjoint survivant non divorcé ou séparé de corps.

La nouvelle loi du 1^{er} juillet 1938 qui a refondu la législation des accidents du travail a repris la même disposition mais en la complétant : « Une rente viagère égale à 25 % du salaire annuel de la victime (est accordée) au conjoint survivant non divorcé ou séparé de corps, à composition mais en la complétant : « Une rente viagère égale l'accident. Dans le cas où le conjoint survivant divorcé ou séparé de corps a obtenu une pension alimentaire, la rente viagère lui sera due, mais elle sera ramenée au montant de cette pension sans pouvoir dépasser 20 % du salaire annuel de la victime, et sans que s'il existe un nouveau conjoint, celui-ci puisse garder moins de la moitié de la rente viagère de 25 % ».

Le conjoint survivant n'aura droit, dans ces conditions à aucune rente si une séparation de corps existe entre lui et la victime et à plus forte raison s'il existe un jugement de divorce, et à plus forte raison encore s'il existe une double décision de divorce et de séparation de corps.

(1) Loi du 7 janvier 1932 : D. P. 1932, 4, 55 du 31 janvier 1932 ; D. P. 1932, 4, 179. — Loi du 19 avril 1934 : D. P. du 30 octobre 1934 ; D. P. 1935, 4, 291 ; D. L. du 30 octobre 1935 ; D. P. 1935, 4, 559. — Loi du 18 janv. 1936 : D. P. 1937, 4, 43.

Mais si le conjoint survivant obtient une pension alimentaire à la suite de la cessation de la vie commune, il peut obtenir une rente. Il sera montré plus loin (1) que lorsque le divorce et la séparation de corps sont prononcés entre deux époux, aucune pension alimentaire ne peut être accordée ni à l'un ni à l'autre et aucune rente d'accident du travail ne pourra davantage être allouée.

Assurances sociales

De même en matière d'assurances sociales, il est aujourd'hui certain que le conjoint de l'assuré ne peut prétendre à aucune prestation si une séparation de corps a été prononcée, qu'il s'agisse d'assurés du commerce, de l'industrie ou de l'agriculture, qu'il s'agisse d'assurances décès, maladie ou vieillesse.

L'assurance décès garantit aux ayants droit de l'assuré le paiement à son décès d'un capital fixé à 20 % de son salaire annuel moyen.

L'article 19 de la loi du 5 avril 1928 disait que le versement du capital serait fait au conjoint survivant.

L'assurance maladie donne droit aux prestations en nature de l'assurance maladie (frais de médecine générale, frais pharmaceutiques, d'hospitalisation, de traitements, d'interventions chirurgicales) à l'assuré, à son conjoint et aux enfants.

Pour l'assurance vieillesse, le capital représentatif de la pension d'un assuré peut servir à la constitution d'une rente réversible pour moitié sur la tête du conjoint survivant (décret-loi du 28 octobre 1935, article 11, alinéas 10 et 11).

Que faut-il entendre par conjoint, ou conjoint survivant ?

Une circulaire ministérielle du 9 janvier 1932 est ainsi conçue : « Dans le silence des textes, les allocations au décès sont dues au conjoint survivant, dès l'instant que celui-ci a conservé sa qualité de conjoint ; aucune autre

(1) Voir *infra*, p. 109.

condition ne pouvant lui être imposée. Les prestations doivent donc être accordées à l'époux séparé de biens, séparé de fait ou *même séparé de corps* ».

Mais un décret-loi du 28 octobre 1935, dans son article 13, alinéa 2, exige au contraire que le conjoint ayant droit ne soit pas séparé de corps : « Le versement du capital est fait exclusivement au conjoint survivant non séparé de corps ».

Pensions de la Caisse Nationale de retraite pour la vieillesse

Enfin, il arrive même qu'on ne sait plus ce qu'il faut entendre par conjoint, par exemple pour les pensions de la Caisse Nationale des Retraites pour la vieillesse.

La loi du 20 juillet 1886 (1) stipule dans l'article 13, alinéa 5 : « Le versement fait pendant le mariage par l'un des deux conjoints profite séparément à chacun d'eux par moitié ».

Et dans l'alinéa 7 : « Le déposant marié qui justifiera, soit de séparation de corps, soit de séparation de biens contractuelle ou judiciaire, sera admis à effectuer des versements à son profit exclusif ».

La séparation de corps retirait tout droit au conjoint non assuré. Mais ces textes ont été abrogés par une loi du 4 avril 1914 et une loi du 5 août 1918 se borne à dire : « Les rentes (de la Caisse Nationale des retraites pour la vieillesse) peuvent être stipulées reversibles à capital aliéné, en totalité ou par moitié sur la tête du conjoint ».

Le conjoint séparé de corps garde-t-il ses droits à la reversibilité de la rente ?

Toutes sortes de règles ont été adoptées pour les autres catégories de pensions ou de rentes. L'analogie ne peut donc conduire à une réponse précise. Il faut se contenter d'un peut-être : peut-être oui, peut-être non.

Si la difficulté subsiste en cas de divorce aux torts exclusifs du conjoint décédé, elle ne devrait plus subsister en cas de torts réciproques des deux époux, et le conjoint

(1) D. P. 86, 4, 49.

survivant ne devrait pas avoir de droit lorsque les époux avaient respectivement obtenu un jugement de divorce et un jugement de séparation de corps.

En conclusion, la règle générale, malgré la confusion fâcheuse qui règne dans le domaine des pensions et des rentes, reste la règle.

En cas de divorce, l'ex-conjoint survivant perd ses droits à la succession de l'ancien conjoint prédécédé.

En cas de séparation de corps, seul l'époux coupable perd ses droits.

En cas de divorce et de séparation de corps concomitants, le divorce prime la séparation de corps, et la règle seule du divorce doit être appliquée comme si le divorce était prononcé aux torts réciproques des époux.

III. — *Règle régissant les conséquences de la rupture du mariage.*

L'étude des effets secondaires du divorce et de la séparation de corps, en tant que ces deux mesures sont utilisées concomitement pour mettre fin à la vie commune de deux époux, a-t-elle besoin d'une conclusion ?

Cette conclusion est assez évidente. Elle ressort à chaque page du développement.

Elle se résume en une formule :

Deux époux dont l'un a obtenu le divorce et l'autre la séparation de corps sont pratiquement dans la situation de deux époux purement et simplement divorcés.

Toutefois, le jugement de séparation produit quelques effets spéciaux lorsque les sanctions des faits imputables aux époux ne sont pas organisée en matière de séparation comme en matière de divorce.

Cette formule pouvait être la conclusion de l'étude de l'effet principal du divorce et de la séparation de corps réunis.

A peine complétée, elle pourra être la conclusion de l'étude des effets secondaires rattachés aux torts des époux.

IV. — *Conséquences rattachées aux torts des époux.*

On comprend très bien que des effets relatifs à la dissolution du mariage, et des effets relatifs au relâchement

du mariage, seuls les premiers se produisent lorsque le divorce et la séparation de corps coexistent entre deux époux.

Ces effets ont deux causes différentes, dont l'une disparaît : il ne saurait être question de parler de relâchement du mariage, lorsque le mariage est dissous.

Mais lorsqu'au contraire, il s'agit des conséquences que peuvent avoir dans la dissolution du mariage les torts de chacun des époux, ces torts de chacun des époux ne sont-ils pas des causes semblables ? Les torts de l'un primeront-ils les torts de l'autre, de sorte que seuls les torts de l'un produiront des effets, ou les torts de chacun ne porteront-ils pas leurs sanctions respectives ?

Gracier les fautes d'un époux au détriment de l'autre époux serait de la dernière injustice.

Que les torts soient invoqués en vue du divorce, ou qu'ils soient invoqués en vue de la séparation de corps, les torts restent les torts, et la jurisprudence a, malgré certaines difficultés de procédure, voulu qu'autant que possible, les torts de chaque époux soient recherchés et retenus pour qu'ils produisent les conséquences qui y sont attachées.

SECTION I

Effets communs au divorce et à la séparation de corps :

Ces conséquences sont considérables. Elles concernent d'abord les frais de justice exposés par chaque époux contre son conjoint, la suppression des avantages matrimoniaux (article 299), le droit de garde des enfants (article 302), et l'obligation alimentaire entre époux (article 212 et 301). Ces conséquences peuvent être groupées, car elles sont communes au divorce et à la séparation de corps.

a) Frais de justice :

Si un époux forme une demande en séparation de corps et obtient satisfaction, son conjoint sera suivant l'article 130 C. P. C. condamné aux dépens.

Si par la suite l'époux qui a succombé dans le procès en séparation de corps forme une demande en divorce qui est justifiée, l'époux qui avait triomphé, succombe dans le procès en divorce. Il est condamné à payer les frais de la demande en divorce. Chaque époux, et c'est justice, paie la rançon de ses torts personnels.

Mais lorsque la demande en séparation de corps ne peut recevoir solution qu'au moment du jugement de divorce, ou après, et qu'elle apparait bien fondée, même si le prononcé de la séparation de corps doit par la suite s'avérer inutile pour séparer les époux, à cause du divorce prononcé à la demande de l'autre, chaque époux devra supporter les frais de la demande engagée contre lui.

Le sort des dépens est précisément une des raisons qui a déterminé la jurisprudence à statuer sur les deux demandes en divorce et en séparation de corps. (1)

Et il devra être statué sur les deux demandes, même si la séparation de corps ne peut être prononcée, même en tant que de besoin, à cause du caractère définitif du jugement de divorce. En ce cas encore, les torts de l'époux défendeur à la séparation de corps entraîneront contre lui l'application de l'article 130 C. Pr. C.

b) Suppression des avantages matrimoniaux.

Les deux époux encourront également les mêmes déchéances, notamment celles des articles 290 et 300 C. Civ. (2)

L'article 299 est ainsi conçu : « L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que l'autre lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage ».

Et l'article 300 ainsi : « L'époux qui aura obtenu le divorce conservera les avantages à lui faits, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu ».

(1) D. P. 90-2-361 et les références données en 1^{re} partie, p. 18 et 21.

(2) Sur le mécanisme de la déchéance édictée par l'art. 255, voir SAVATIER : Rép. gén. not. 1937, p. 1 et 3.

Ces textes sont propres au divorce : l'époux coupable perd de plein droit les avantages matrimoniaux que son conjoint avait pu lui concéder. L'époux innocent les conserve.

Lorsque les deux conjoints ont des torts, chacun d'eux perd ses avantages. (1)

La question de savoir si les dispositions des articles 299 et 300 sont applicables en matière de séparation de corps était controversée par les auteurs. (2)

En jurisprudence, dans les premières années de l'interprétation du Code Civil, le système qui écarte en matière de séparation de corps, l'application des articles 299 et 300 avait prévalu. (3)

En 1845 un arrêt des Chambres réunies de la Cour de Cassation abandonnant la jurisprudence antérieure de la Cour s'est rangé au système contraire, en décidant que les donations stipulées entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, sont révoquées de plein droit par la séparation de corps prononcée contre l'époux donataire. (4)

Depuis cet arrêt, la jurisprudence s'est constamment prononcée en faveur de la doctrine suivant laquelle la sépa-

(1) DEMOLOMBE, T. 4, n° 416 et 430 *bis* ; FRÉMONT, n° 932 ; CARPENTIER : Traité T. 1, n° 351 ; Div. et sép. de corps, T. 2, n° 3674 et s. ; VRAYE et CODE, T. 2, n° 682 ; PLANIOL-RIPERT et ROUAST, T. 2, n° 644 ; COLIN et CAPITANT, 2^e éd., T. 1, n° 209 ; En sens contraire : COULON et FAIVRE, page 338.

(2) Étaient pour l'affirmative : DELVINCOURT, T. 2, p. 197 ; PROUDHON et VALETTE, T. 1, p. 544 ; PONT : *Revue de droit français et étranger*, 1844, T. 1, p. 339 ; DEMOLOMBE, T. 4, n° 521 et s. ; MARCADE, sur l'art. 331, n° 12 ; VAZEILLE : Traité du mariage, T. 2, n° 589 ; TROPONG : Des donations, T. 3, n° 1348 à 1360 ; RODIER et PONT : Du contrat de mariage, 3, n° 1554 ; BAUDRY-LACANTINERIE et Maurice COLIN : Donations et testaments, T. 1, n° 1589 ; MASSOL : De la séparation de corps 2^e éd., p. 297 et s. ; PIGEON, T. 2, p. 571.

Étaient d'avis contraire : MERLIN, Répertoire V°, séparation de corps, par. 4, n° 5, et questions de droit V°, séparation de corps, par. 1 ; TOULLIER, T. 2, n° 781 ; DURANTON, T. 2, n° 629 ; FAVARD, Rép. V°, séparation entre époux, section 11, par. 3, n° 8 ; MASSÉ et VERGÉ, sur Zacharia, ét. 1, par. 289, note 9 ; AUBRY et RAU, T. 5, par. 494, note 32, p. 206 ; DELMONTE et COLMET, de Santerre, 3^e éd. T. 1, n° 382 *bis* ; LAURENT, T. 3, n° 354 ; LA SENNE : Traité de la séparation de corps, n° 402 ; VRAYE et GODE, T. 2, n° 811.

(3) Civ. c. 19 août 1823 ; Req 30 mars 1824 ; Req. 13 février 1826 ; J. G. sép. de corps, 372 ; Civ. c. 21 déc. 1842, 21 nov. 1843 ; Rennes, 20 juillet 1843 : D. P. 45, 1, 225.

(4) Cass. Ch. réunies, c. 23 mai 1845 : D. P. 45, 1, 225.

ration de corps a, comme le divorce, par application de l'article 299 l'effet de priver l'époux contre lequel elle est prononcée, de tous ses avantages matrimoniaux. (1)

Les auteurs se sont aussi rangés à ce système aujourd'hui. (2)

Etant admis que l'article 299 s'applique à la séparation de corps, il va de soi que lorsque la séparation de corps est prononcée aux torts réciproques des deux époux, chacun d'eux perd des avantages qu'il tient de l'autre. (3)

Lorsque le divorce est prononcé aux torts des deux époux, lorsque la séparation de corps est prononcée aux torts des deux époux, chacun d'eux perd les avantages matrimoniaux qu'il tient de l'autre.

Aussi s'ensuit-il que, lorsque le divorce est prononcé aux torts d'un époux et la séparation de corps aux torts de l'autre, on ne peut envisager d'autre solution que la perte de plein droit, pour chacun, de ses avantages matrimoniaux. Il en sera évidemment de même si la séparation de corps n'est pas prononcée à cause du jugement définitif de divorce mais si cependant cette demande de séparation de corps est déclarée comme apparaissant justifiée.

Il y a là un fait tangible de l'assimilation progressive de la séparation de corps au divorce, qu'il convient de noter au passage.

On sent une évolution lente, mais sûre, qui rapproche de plus en plus le divorce et la séparation de corps. Les règles du divorce tendent à être l'une après l'autre étendues à la séparation de corps. L'évolution rencontre de nombreuses et fortes résistances ; mais elle se produit irrésistiblement, par la force des choses. Les situations de fait sur lesquels le divorce et la séparation de corps agissent sont les mêmes,

(1) Civ. r. 17 juin 1845 : D. P. 45, 1, 415 ; Chambéry, 4 mai 1872 : D. P. 73, 2, 129 ; Besançon, 28 avr. 1875 : D. P. 78, 2, 63 ; Caen, 11 février 1880 : D. P. 81, 2, 183, etc... (toutefois, en Belgique, le système ancien a été maintenu ; Gand, 10 juillet 1846 : Pasirisie Belge, 1846, 2, 213 ; Cass. Belge, 20 mai 1847 : P. B. 48, 1, 7 ; Bruxelles, 23 mai 1861 : P. B. 62, 2, 115 ; Paris, 31 mars 1938 : Gaz. trib. 23 juin 1938.

(2) PLANIOL, RIPERT et ROUAST, t. 2, n° 686 ; COLIN et CAPITANT, 7^e éd., t. 1, n° 228.

(3) Paris, 20 août 1862 ; S. 585 ; Besançon, 28 avril 1875 : D. P. 78, 2, 63.

et le divorce et la séparation de corps sont deux mesures trop parallèles pour qu'elles ne finissent pas par devenir symétriques.

Il est bien certain que, dans l'esprit du législateur, les articles 299 et 300 n'étaient pas faits pour la séparation de corps qui à ce moment avait un relief plus accusé. Mais le relâchement du lien du mariage provoqué par la séparation de corps, à l'origine était assez faible. Aujourd'hui, il équivaut presque à sa suppression, tellement le lien devient insensible.

Comme il apparaissait tout à fait naturel de faire jouer les dispositions des articles 299 et 300 à deux situations qui ne présentaient pas beaucoup de différence, il était fatal que ceux qui s'en tenaient à la lettre du texte succombassent : il était trop difficile de maintenir une différence aussi artificielle entre le divorce et la séparation de corps. Déjà le Code Civil lui-même dans son article 1518 imposait la même déchéance en cas de divorce et en cas de séparation de corps quant au préciput conventionnel.

c) *Garde des enfants.*

Cette transposition à la séparation de corps des dispositions prévues par des textes propres au divorce s'est produite encore pour l'article 302 C. Civ.

« Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le Tribunal sur la demande de la famille ou du ministère public n'ordonne pour le plus grand avantage des enfants que tous ou quelques-uns seront confiés soit à l'autre époux, soit aux soins d'une tierce personne ».

Ce texte ne contient pas une règle absolue. Il est plutôt une recommandation aux Tribunaux d'agir au mieux de l'intérêt des enfants et crée une préférence en faveur de l'époux qui a obtenu le divorce, sans prononcer de déchéance contre l'époux coupable.

En pratique, chaque époux réclame les enfants et les Tribunaux apprécient auprès duquel les enfants seront le mieux placés. Il arrive d'ailleurs fréquemment que les enfants sont confiés à l'époux coupable, qui a pu se montrer mauvais époux, mais a toujours bien rempli ses devoirs

de père ou de mère. Cette décision est prise le plus souvent lorsqu'il s'agit d'enfants en bas âge. La mère même coupable envers son mari obtient la garde des enfants.

Les Tribunaux ont-ils le même pouvoir d'appréciation en matière de séparation de corps ?

Il semblerait à première vue que le père ne puisse être privé de la garde des enfants. Les articles 372 et 374 C. Civ. indiquent que le père seul exerce la puissance paternelle durant le mariage, et que l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père.

Ces textes fixent les droits du père sur l'enfant pour le régime normal de vie, mais ils ne s'occupent pas de la rivalité des prétentions à la garde des enfants entre le père et la mère séparés et ils laissent ainsi le champ libre aux Tribunaux.

Suivant l'opinion généralement admise en doctrine et en jurisprudence les dispositions qui règlent le sort des enfants en cas de divorce, spécialement l'article 302, sont par analogie, applicables en matière de séparation de corps. A situation analogue, réglementation analogue. Personne ne conteste cette assimilation de la séparation de corps au divorce sur ce point également. Tout au plus, y a-t-il une discussion doctrinale bien subtile sur le point de savoir si cette assimilation est ou non absolue, c'est-à-dire si l'application de l'article 302 est automatique, ou si elle doit être faite sous réserve des dispositions des articles 373 et 374 C. Civ. (1)

Pratiquement le résultat est le même, et on peut dire tout simplement que l'article 302 s'applique en matière de séparation de corps. (2)

Aux termes de cet article 302, les enfants doivent en principe être confiés à l'époux qui n'a pas de torts, que la séparation des parents provienne d'un divorce ou d'une séparation de corps.

(1) AUBRY et RAU, 4^e éd., T. 5, par. 494, p. 201.

(2) Req. 24 juillet 1878 : D. P. 78, 1, 471 ; Req. 29 juin 1868 : D. P. 71, 5, 352 ; PLANIOT-RIPERT et ROUAST, T. 2, n^o 652 ; COLIN et CAPITANT, 7^e éd., T. 1, n^o 210 et 467.

Lorsque les deux époux ont des torts, aucun des deux n'a de priorité sur l'autre et aucun ne peut se prévaloir de l'article 302. (1)

Suivant les circonstances de chaque espèce, les Tribunaux décident souverainement alors du sort des enfants.

Lorsque les décisions proclamant les torts respectifs des deux époux, interviennent séparément, le deuxième jugement établit définitivement la pari des torts de chacun et statue en conséquence sur la garde des enfants.

La séparation de corps et le divorce sont traités de la même façon à cet égard. Des époux à la fois divorcés et séparés de corps sont exactement dans la situation d'époux divorcés à leurs torts réciproques.

d) *Pension entre époux.*

Une question intéressante se pose au sujet de l'obligation alimentaire entre époux, quand un époux a obtenu le divorce, et l'autre la séparation de corps.

Trois textes s'occupent de cette question :

L'article 301 : « Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage ou si ceux stipulés ne paraissent pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le Tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux » ;

L'article 212 : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance » ;

L'article 310 : « (En cas de conversion) les dispositions du jugement de séparation de corps accordant une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu la séparation conservent en tous cas leur effet ».

Aux termes de l'article 301 C. Civ. l'époux au profit de qui le divorce a été prononcé peut obtenir une pension de son ex-conjoint, s'il n'a pas suffisamment de ressources pour vivre. Le caractère et le fondement de cette pension ont fait et font encore l'objet de longues discussions tant en

(1) C. Civ. cass. req. 7 mai 1934 : G. P. 1934, 2, 481, sous note ; Req. 19 janvier 1931 : G. P. 1931, 1, 453 ; Req. 27 juillet 1931 : G. P. 1931, 2, 715.

doctrine qu'en jurisprudence. On y voit tantôt une application particulière du principal général de l'article 1382, et la pension prend alors un caractère de réparation du préjudice que la faute de l'époux coupable a causé à l'époux innocent qui s'est vu obligé de divorcer, (1) et tantôt un prolongement de l'obligation de secours et d'assistance entre époux prévue par l'article 212 et aménagée différemment pour une situation différente, et la pension prend alors un caractère purement alimentaire. (2)

On y voit parfois un complexe, et la pension prend alors un caractère indemnitaire et alimentaire à la fois. (3)

Ces controverses doctrinales sont en dehors du sujet, et il suffit de retenir les termes mêmes de la loi : après le divorce, un époux peut obtenir une pension de son ex-conjoint, à deux conditions : 1° que le divorce n'ait pas été prononcé contre lui ; 2° qu'il soit dans le besoin.

Quant au texte de l'article 212, il signifie qu'un conjoint dans le besoin a le droit, tant que le mariage n'est pas dissous, de demander une pension alimentaire à l'autre conjoint, même si un jugement de séparation de corps est intervenu contre l'époux demandeur à la pension.

L'obligation alimentaire subsiste entre conjoints même après la séparation de corps, et elle est réciproque ; par suite a droit à des aliments, soit l'époux qui a obtenu la séparation de corps, soit l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée. (4)

Une double condition est nécessaire, comme dans toute obligation alimentaire : 1° que le demandeur soit dans le besoin ; 2° que le défendeur soit en mesure de lui venir en aide.

(1) Civ. 18 octobre 1926 et note ROUAST : D. P. 1927, 1, 101 ; Note G. P. 1939, 1, 65 ; Cass. civ., 17 janvier 1939 : G. P. 1939, 1, 436 ; Req. 15 février 1938 : D. H. 1938, 210.

(2) Civ. 28 juin 1934 : G. P. 1934, 2, 399 ; S. 1934, 1, 377, note ESMEIN ; Req. 12 mai 1936 : D. P. 36, 1, 109, note SAVATIER.

(3) Req. 11 janvier 1937 : D. P. 1938, 1, 37, note Jeanne VANDAMME ; Req. 9 mai 1932 : D. H. 1932, 330 ; 12 février 1934 : D. H. 1934, 221 ; 12 mai 1936 : D. P. 1936, 1, 109, et note SAVATIER.

(4) Req. 7 avril 1873 : D. P. 74, 1, 342 ; Paris, 4 déc. 1875 : D. P. 76, 1, 209, 210 ; Civ. 3 avril 1883 : D. P. 83, 1, 335.

Cette obligation alimentaire entre époux qui implique l'existence du lien conjugal ne peut subsister après le divorce. (1)

Enfin l'article 310 signifie qu'en cas de conversion de la séparation de corps en divorce, la pension déjà allouée par le jugement de séparation de corps subsistera si elle avait été accordée au conjoint qui avait obtenu la séparation de corps, et sera supprimée si elle avait été accordée au conjoint contre qui la séparation de corps avait été prononcée.

Ainsi en cas de divorce, seul l'époux qui a obtenu le divorce peut réclamer une pension en vertu de l'article 301, tandis qu'en cas de séparation de corps les deux époux conservent leurs droits et obligations alimentaires de l'article 212 C. Civ.

L'article 301 peut-il s'appliquer en matière de séparation de corps ?

Seul l'époux non coupable a droit à pension aux termes de l'article 301. En tant qu'il refuse une pension à l'époux coupable, l'article 301 ne produit aucun effet en matière de séparation de corps. Il ne paralyse pas l'article 212 que peut toujours invoquer cet époux coupable.

Mais au contraire, l'époux qui a obtenu la séparation de corps peut réclamer le bénéfice de l'article 301. (2)

L'intérêt pratique de cette question vient de ce que la pension de l'article 301 à la différence de l'obligation alimentaire de l'article 212 ne s'éteint pas par le décès du débiteur, mais subsiste à la charge de ses héritiers ou successeurs. Les auteurs avaient d'ailleurs sur ce point une

(1) Orléans, 30 mai 1887 : D. P. 88, 5, 167 ; Bordeaux, 16 juin 1896 : D. P. 97, 2, 314 et la note Trib. civ. Angers, 20 nov. 1930 : G. P. 1931, 1, 64 ; AUBRY et RAU, 5^e éd., p. 7, par. 480, note 32, p. 489 ; PLANIOL, RIPERT et ROUAST, 2, n° 687 ; COLIN et CAPITANT, 7^e éd., t. 1, n° 368.

(2) Civ. 14 juin 1853 : D. P. 53, 1, 185 ; Civ. 2 avril 1861 : D. P. 61, 1, 97 ; Req. 7 avril 1873 : D. P. 1874, 1, 342 ; Lyon, 11 octobre 1919 : D. P. 1922, 2, 8 ; Req. 20 janvier 1920 : D. P. 1921, 1, 72 ; Civ. 20 février 1929 : D. H. 1929, 1, 78 ; Req. 31 mai 1937 : D. H. 1937, 425 ; PLANIOL, RIPERT et ROUAST, t. 2, n° 678 ; COLIN et CAPITANT, 7^e éd., t. 1, n° 368.

opinion opposée à celle de la jurisprudence. La dette de l'article 301, disaient-ils, est personnelle à l'époux qui la doit, et cesse à sa mort. (1)

La jurisprudence décide au contraire que cette pension reste due même après la mort de l'époux débiteur. (2)

En résumé l'époux obtenant la séparation de corps peut réclamer une pension en vertu de l'article 301 ou de l'article 212 à son gré.

L'époux contre qui est prononcée la séparation de corps n'a droit à une pension qu'en vertu de l'article 212.

L'époux contre qui est prononcé le divorce n'a pas droit à la pension de l'article 212, puisque le lien du mariage est brisé, et il n'a pas droit à la pension de l'article 301 parce qu'il est l'époux coupable.

L'époux qui obtient un jugement de divorce a droit à une pension, en vertu de l'article 301 seulement.

On voit que l'existence du lien du mariage est, au moins une condition essentielle de la pension de l'article 212, et la faute exclusive de l'époux débiteur une condition essentielle de la pension de l'article 301.

Un simple raisonnement démontre alors que la pension de l'article 301, supposant la faute exclusive de l'époux débiteur, ne pourra être allouée ni à l'un ni à l'autre des époux, lorsque les torts seront réciproques, que ce soit en matière de divorce (3), que ce soit en matière de séparation de corps. (4)

« Attendu, dit l'arrêt du 20 février 1929, que la séparation de corps ayant été prononcée aux torts respectifs de chacun des époux, la dame D... ne se trouve plus dans la situation de faveur qui pouvait autoriser à son profit l'application de l'article 301 ».

D'autre part, la pension de l'article 212 ne peut plus être allouée à l'époux innocent lorsque le lien sur lequel elle repose disparaît.

(1) LAURENT, t. 3, n° 31 ; GOIRAND, p. 215 ; POULE, p. 256.

(2) Req. 3 janvier 1893 : D. P. 93, 1, 126 ; Dissertation de M. de LOYNES : D. P. 1908, 2, 298, col 2.

(3) Paris, 20 octobre 1886 : D. P. 88, 2, 101 ; Civ. 24 nov. 1886 et sur renvoi ; Orléans, 30 mars 1887 : D. P. 87, 5, 167 ; Civ. 30 juillet 1902 : D. P. 1902, 1, 495 ; Civ. 22 avril 1913 : G. P. 1913, 1, 684.

(4) Civ. 20 février 1929 : D. H. 1929, 178.

Aussi lorsqu'un époux obtiendra le divorce et l'autre la séparation de corps les deux époux perdront-ils tous droits à une pension quelle qu'elle soit.

L'époux obtenant le divorce ne peut invoquer l'article 301, puisqu'il est l'époux succombant à la séparation de corps en raison de ses torts.

L'époux obtenant la séparation de corps ne peut plus invoquer l'article 301 à son profit, puisqu'il a des torts reconnus dans l'instance en divorce.

L'article 212 ne peut plus être invoqué ni par l'un ni par l'autre, puisque le divorce obtenu par l'un des époux met fin au mariage pour les deux époux et à l'obligation alimentaire en découlant.

A la différence de ce qui est arrivé pour beaucoup de difficultés jusqu'ici envisagées, la question s'est présentée en pratique et a été résolue par la Cour de Cassation, et par bonne fortune, dans le cas où la pension était sollicitée par l'époux demandeur en séparation de corps, et dans le cas où elle était sollicitée par l'époux demandeur en divorce.

Deux arrêts de la Chambre des Requêtes ont été rendus dans le premier cas, l'un du 23 mars 1931 (1), l'autre du 22 février 1922 (2) qui a été simplement repris par celui du 23 mars 1931 et qui s'exprime ainsi :

« Attendu que le divorce étant prononcé, la dame B... ne pouvait invoquer l'article 212 C. Civ. qui crée seulement l'obligation alimentaire entre époux ; que d'un autre côté, le divorce étant prononcé contre elle, la dame B... ne pouvait invoquer davantage l'article 301 C. Civ. aux termes duquel seulement une pension alimentaire peut être accordée à celui des époux qui obtient le divorce ».

Dans le second cas, l'arrêt de la Cour de Cassation est également un arrêt de la Chambre des Requêtes. Il est du 22 octobre 1930 (3) et dit :

« Attendu qu'en même temps qu'il prononçait la séparation de corps contre la femme, l'arrêt prononçait le divorce contre le mari à la requête de la femme.

(1) D. H. 1931, 270.

(2) D. P. 1922, 1, 62.

(3) D. H. 1930, 521.

Que la demande en pension alimentaire ne pouvant plus s'appuyer que sur les dispositions de l'article 301 C. Civ. devait nécessairement être rejetée du moment que la séparation de corps était prononcée contre elle ».

A la suite de ces arrêts, la controverse est close, et tout commentaire devient inutile. La question de la pension alimentaire ne peut se poser entre époux divorcés et séparés que pour être résolue par la négative. (1)

Il en est de même dans l'hypothèse de l'alinéa 3 de l'article 310 C. Civ. aux termes duquel la pension accordée par un jugement de séparation de corps en vertu de l'article 212 doit être maintenue par le jugement de conversion en divorce à condition qu'elle ait été accordée à l'époux obtenant la séparation de corps à son profit.

La loi ne prévoit que l'hypothèse où un époux obtient la séparation de corps et une pension alimentaire.

Mais elle est muette sur le cas où l'époux débiteur a lui aussi obtenu la séparation de corps.

Si la séparation de corps a été prononcée aux torts réciproques par un seul jugement, au moment de la conversion il n'y aura pas de difficulté pour que le jugement de conversion supprime la pension qui ne peut être due après le divorce que par un époux responsable de la désunion.

Mais s'il y a deux décisions, l'époux demandeur en conversion ne demandera vraisemblablement que la conversion du jugement obtenu aux torts du conjoint, et qui bien souvent ne sera pas celui accordant la pension alimentaire.

Ce jugement de conversion éteindra le droit à pension de l'époux défendeur en conversion, mais il ne pourra prononcer la suppression d'une pension allouée par un jugement qui n'est pas en cause. Après le jugement de conversion, l'époux débiteur devra faire une nouvelle instance pour faire modifier le jugement accordant une pension à son ancien conjoint.

(1) Voir dans le même sens Douai, 23 mai 1938 : G. P. 1939, 1, sommaire, p. 19.

SECTION II

Effets se produisant pour la séparation de corps par suite de sa réunion au divorce.

Le paragraphe précédent a montré l'extension progressive à la séparation de corps de textes édictés spécialement pour le divorce, et par voie de conséquence l'assimilation du divorce et de la séparation de corps, de sorte que ces deux mesures produisent des effets identiques, et que la séparation de corps prononcée en face du divorce ne crée pas de différence avec la situation qui résulterait d'un double divorce.

Au contraire dans le cas prévu par l'article 386 C. Civ. relatif à la jouissance légale des biens des enfants mineurs, le divorce et la séparation de corps ont gardé leur autonomie, de telle sorte que leurs effets sont radicalement antagonistes, quoique les torts des époux commandent d'imposer les conséquences du divorce.

Il va être intéressant de rechercher comment le divorce et la séparation de corps vont s'affronter lorsqu'ils coexisteront.

a) Usufruit légal des biens des enfants mineurs.

L'article 384 C. Civ. accorde au père, pendant le mariage, la jouissance des biens des enfants mineurs des époux, jusqu'à ce que ces enfants aient l'âge de dix-huit ans, ou jusqu'à leur émancipation.

L'article 386 C. Civ. retire cette jouissance à celui des père et mère contre lequel le divorce est prononcé.

La déchéance prononcée par cet article nécessite deux conditions : 1° la dissolution du mariage par le divorce : tant que le mariage n'est pas dissous, l'article 386 ne peut recevoir application ; 2° les torts d'un époux : si le divorce est prononcé aux torts d'un époux, l'autre époux recueille la jouissance des biens des enfants mineurs si c'est le père. Si c'est la mère, la question est controversée. Elle ne présente pas d'intérêt pour le sujet. En passant on peut men-

tionner que certains auteurs estiment que si le divorce est prononcé aux torts du père, la mère n'obtient la jouissance des biens des enfants mineurs qu'au décès du père, et que dans l'intervalle, cette jouissance bénéficie aux enfants (1)

D'autres auteurs estiment au contraire que dès la dissolution du mariage par le divorce aux torts du père, le droit de jouissance profite à la mère. (2)

Quoi qu'il en soit, il est sûr que si le divorce est prononcé aux torts réciproques des deux époux, cet usufruit légal disparaît et les enfants profitent de cette disparition. (3)

Aucun texte n'édicte une telle déchéance en matière de séparation de corps.

L'article 386 devra-t-il être étendu à la séparation de corps suivant la tendance générale ?

La loi est muette et la jurisprudence n'est pas très abondante.

La question ne paraît pas avoir été débattue souvent en pratique et, en tout et pour tout, les recueils de jurisprudence ne fournissent qu'un seul arrêt à ce sujet.

Cet arrêt a été rendu le 25 mars 1912 par la Cour d'Aix (4) et il dit :

« Considérant qu'il est tout d'abord un point incontesté, c'est que la séparation de corps encourue par L... ne pouvait avoir pour effet de le priver de la jouissance légale dont il s'agit ; que l'application d'une pareille pénalité ne saurait découler que d'un texte formel qui n'existe pas lorsque le lien conjugal est simplement relâché ». (5)

AUBRY et RAU notamment écrivent : « La séparation de corps ne porte en général aucune atteinte aux droits que la puissance paternelle confère à l'un ou à l'autre des époux sur la personne et les biens des enfants. C'est ainsi

(1) J. G. S. Divorce, sép. de corps 598, Puissance paternelle 118.

(2) LAURENT, T. 3, n° 396 et T. 4, n° 346 ; DEMONTE et COLME, de Sauterre, 3^e éd. T. 2, n° 131 *bis* ; GOIRAND, traité pratique du divorce, p. 200 ; VRAYE et GODE, T. 2, p. 717.

(3) PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, T. 1, n° 352 ; COLIN et CAPITANT, 7^e éd., T. 1, n° 463 Dc.

(4) D. P. 1912, 2, 76.

(5) J. G. Puissance paternelle, n° 135 ; J. G. S. Puissance paternelle, n° 119 ; COLIN et CAPITANT, 3^e éd., T. 1.

en particulier que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée n'en conserve pas moins tous ses droits à la jouissance légale des biens de ses enfants ».

La raison donnée de cette solution est double : la séparation de corps ne dissout pas le mariage, et une pénalité prévue par un texte strict ne peut être étendue par analogie.

Le premier argument est à lui seul suffisant. L'article 386 édicte une déchéance qui ne peut survenir qu'autant que le mariage est dissous ; il est donc impossible que cette déchéance se produise quand le mariage dure encore, quoique relâché par une séparation de corps. L'article 384 interdit formellement cette déchéance en dehors de la dissolution du mariage, en disant que le père a la jouissance des biens de ses enfants mineurs pendant le mariage.

Et malgré la netteté de cet argument, c'est pourtant la deuxième raison qui, pour la doctrine et la jurisprudence paraît essentielle et constitue un obstacle à l'extension de l'article 386 à la séparation de corps.

« *Pœnalía non sunt extendenda* » disent AUBRY et RAU. Il ne faut pas étendre les pénalités.

Pour vouloir être trop franc, l'argument porte mal : L'article 299 contient une déchéance, et cependant la jurisprudence et les auteurs n'hésitent pas à l'étendre à la séparation de corps. Il est vrai que la question a été longtemps discutée et que les auteurs étaient divisés en deux groupes à cause de la maxime « *Pœnalía non sunt extendenda* » précisément. Malgré elle, l'accord est fait aujourd'hui et la pénalité de l'article 299 a été étendue à la séparation de corps. Pourquoi n'aurait-elle pas été étendue, si rien ne s'y opposait ? Or rien ne s'y opposait absolument. La situation créée par la séparation de corps était analogue à celle créée par le divorce, puisque la déchéance de l'article 299 entraînait en vigueur à la dissolution du régime matrimonial, et que la séparation de corps et le divorce dissolvaient l'un et l'autre le régime matrimonial. Pour vouloir s'en tenir à la lettre d'un texte, que d'injustices stupides et pourtant évitables ont été commises !

L'article 302 fournit encore un exemple d'extension à la séparation de corps de déchéance édictée pour le divorce. Situation analogue dans les deux cas, sanction analogue. Pourquoi une différence et partant une inégalité seraient-

elles tolérées ? La déchéance de l'article 302 : « L'époux coupable perd le droit de garde des enfants » est encourue non à la cessation du mariage, mais à la cessation légale de la vie commune. Or le divorce et la séparation de corps sont deux mesures aussi légales l'une que l'autre pour mettre fin à la vie commune.

Comme tous les adages et les maximes, la maxime « *Pœnalia non sunt extendenda* » pêche par sa concision excessive et son apparence impérative.

Pour pouvoir l'invoquer raisonnablement, il convient de la comprendre d'un esprit plus large que ne l'autorisent ses propres termes. Il faut rechercher si une condition importante de la pénalité envisagée manque dans la situation à laquelle il est question de l'étendre.

Si une condition importante ne se retrouve pas, la pénalité ne devra pas être étendue. Ainsi une pénalité édictée à condition qu'elle n'entre en vigueur que si le mariage est rompu, sera difficilement étendue à un cas où le mariage est simplement relâché.

Entendue dans ce sens, la règle « *Pœnalia non sunt extendenda* » justifie parfaitement la solution de la jurisprudence et de la doctrine refusant d'étendre l'application de l'article 386 à la séparation de corps.

Mais la réponse n'est ainsi donnée que pour l'hypothèse où seule la séparation de corps est prononcée, entre deux époux, qu'elle soit prononcée au profit du père, qu'elle soit prononcée au profit de la mère, qu'elle soit prononcée aux torts réciproques des deux, le père conservera l'usufruit légal des biens de ses enfants mineurs.

Cependant l'article 384 C. Civ. ouvre d'autres horizons, quand il dit : « Après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère aura la jouissance des biens de leurs enfants ».

La dissolution envisagée par l'article 384 qui parle du survivant des père et mère, est la dissolution du mariage par le décès de l'un des époux.

Si les époux sont déjà séparés de corps, et si l'époux contre qui la séparation de corps avait été prononcée est l'époux survivant, le jugement de séparation de corps disparaît-il complètement, et la mort de l'époux innocent effacera-t-elle les torts de l'époux coupable ?

Ce point ne paraît pas avoir été jugé, et les auteurs n'en parlent pas.

Les torts de l'époux sont les mêmes, qu'ils aient entraîné la séparation de corps ou le divorce. Les mêmes torts n'appelleront-ils pas les mêmes pénalités, parce que les pénalités sont de droit strict et ne peuvent être étendues ? N'est-il pas plus juste de dire que les mêmes torts n'entraînent pas les mêmes peines parce que ses peines ne doivent pas atteindre une personne mariée, tant qu'elle est mariée, mais peuvent l'atteindre lorsque le mariage n'existe plus ?

Et ne serait-il pas équitable que l'époux survivant contre qui la séparation de corps avait été prononcée, fût privé de l'usufruit légal des biens de ses enfants du jour où le mariage vient à être dissous.

Au lieu d'être dissous par un décès postérieur à une séparation de corps, si le mariage est dissous par le divorce prononcé contre un époux qui a obtenu antérieurement la séparation de corps, que devra-t-on décider ?

Lorsque le mariage est dissous par un divorce aux torts réciproques, l'usufruit légal est supprimé et profite aux enfants. Cette solution ne sera-t-elle pas à adopter dans la situation voisine où les deux époux sont divorcés, et ont des torts respectifs ?

Elle serait certainement admise, si le divorce intervenait par conversion d'un jugement de séparation de corps aux torts réciproques des deux époux : « Si la séparation de corps a été prononcée contre le mari, le jugement de conversion privera le père de son droit de jouissance » écrit De Loynes (1). Il admet bien ainsi que la seule raison pour laquelle la déchéance ne se produisait pas était l'existence du lien conjugal, et que sa disparition par le divorce permet aux torts reconnus contre un époux au cours de la séparation de corps de faire supprimer l'usufruit légal au préjudice de cet époux.

Il subsiste trop peu de différence entre la situation de deux époux faisant convertir en divorce leur jugement de séparation de corps, et la situation de deux époux dont l'un a obtenu le divorce et l'autre la séparation de corps, pour que ces deux situations ne soient pas confondues et

(1) De LOYNES : Dissertation D. P. 1907, 2, 314 *in fine*.

assimilées en ce qui concerne les conséquences des torts des époux sur le droit de jouissance légale des biens des enfants mineurs.

D'ailleurs l'arrêt de la Cour d'Aix semble laisser entendre que rien ne s'opposerait à cette assimilation dans le cas où le mariage serait dissous. L'arrêt avait eu à juger une espèce où seule la séparation de corps avait été prononcée entre les époux au profit de la femme. Le mari contre qui elle était prononcée ne pouvait être déchu de son usufruit légal, puisque ce droit appartient au mari seul pendant toute la durée du mariage, et que la séparation ne met pas fin au mariage. Et l'arrêt précise bien que la séparation de corps ne pouvait avoir pour effet de priver le mari de la jouissance légale, et que l'application d'une pareille pénalité ne peut avoir lieu, lorsque *le lien conjugal est simplement relâché*. Ces derniers mots incitent bien à croire que la Cour d'Aix aurait prononcé la déchéance de l'article 386, si le mariage avait été rompu au lieu d'être seulement relâché.

Pourquoi l'article 386 ferait-il exception sans raison vraiment majeure, et ne serait-il pas étendu à la séparation de corps au nom de principes doctrinaux qui certes ont leur valeur mais qui doivent surtout être adaptés aux circonstances, lorsqu'ils risqueraient de provoquer de choquantes inégalités ?

Le législateur a lui-même ouvert la voie en déclarant que les articles 236 à 244 propres au divorce s'appliqueraient à la séparation de corps. C'était un germe d'analogie qui n'a pas manqué de se développer et dans de nombreux cas la jurisprudence a suppléé à l'insuffisance de la réglementation de la séparation de corps, par des emprunts à la législation du divorce.

Cette assimilation doit être encore poussée beaucoup plus loin lorsque le divorce et la séparation de corps se trouvent associés. Le divorce englobe alors la séparation de corps jusqu'à lui faire perdre sa propre identité, et à ne lui laisser de séparation de corps que le nom. Dans ces cas il n'est pas étonnant que la séparation de corps puisse produire des effets que, seule elle ne produirait pas. La déchéance de l'article 386 peut être considérée comme un exemple de ces effets.

b) *Administration des biens des enfants mineurs.*

L'ancien article 389 C. Civ. illustrerait encore la démonstration du renforcement de la séparation de corps par l'adjonction du divorce.

Ce texte traite de l'administration légale des biens des enfants mineurs.

Une loi du 6 avril 1910 qui a modifié l'article 389 C. Civ. déclare que le père est, du vivant des époux, administrateur légal des biens de leurs enfants mineurs, et qu'en cas de divorce ou de séparation de corps, l'administration appartient à celui des époux auquel est confiée la garde des enfants, s'il n'en est autrement ordonné.

Aujourd'hui, il n'y a donc aucune difficulté. Peu importe que les époux soient divorcés, qu'ils soient séparés de corps, ou qu'ils soient à la fois divorcés et séparés de corps. La réglementation du divorce et de la séparation de corps est la même.

Aucune disposition spéciale n'a été prise pour le divorce. La séparation de corps n'a plus été traitée en parent pauvre qu'on oublie. Elle va de pair avec le divorce, tandis qu'il n'en était pas de même avant la loi de 1910.

L'ancien article 389 se contentait de dire : « Le père est durant le mariage administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs ».

A qui incombait l'administration de ces biens en cas de divorce ou de séparation de corps ?

La question n'avait jamais été définitivement résolue.

Il était couramment estimé et jugé que la séparation de corps ne rompant pas le mariage, laissait au père la qualité d'administrateur des biens des enfants mineurs. (1)

En cas de divorce, on inclinait à penser qu'en principe après le divorce le père devait rester administrateur. Si le divorce avait été prononcé aux torts du père, on faisait intervenir l'article 386 par analogie, en disant : l'usufruit légal est la contre-partie des charges de l'administration

(1) Dissertation de M. de LOYNES, professeur de Droit Civil à l'Université de Bordeaux : D. P. 1907, 2, 313 ; Paris, 14 juin 1901 : D. P. 1907, 2, 313.

légale. Il est logique que l'usufruit et l'administration soient dans la même main. Comme le père, époux coupable, était déchu de l'usufruit légal, l'administration des biens devait également lui être retirée.

Bien qu'il n'y ait pas de jurisprudence sur ce point, il est permis de penser que l'analogie de l'article 386 aurait fait juger qu'en cas de divorce aux torts réciproques, les deux époux déchus de l'usufruit légal n'auraient pu être ni l'un ni l'autre administrateurs des biens des enfants.

On peut aussi admettre que si le jugement de séparation de corps prononcé contre le père ne lui faisait pas retirer l'administration des biens de ses enfants, la conversion de ce jugement en jugement de divorce aurait produit les effets d'un jugement de divorce. Il n'y a pas non plus de décision précise sur ce point. Mais un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 14 juin 1901 (1) laisse supposer qu'il aurait fait cette réponse, si la question lui avait été nettement posée. Le retrait de l'administration des biens ne peut être produit que par un jugement définitif. Or dans l'espèce de l'arrêt du 14 juin 1901, la transcription, (alors indispensable) du jugement de conversion n'avait pas encore eu lieu et la Cour ne pouvait tenir compte de ce jugement. Elle indiquait cependant :

« Considérant que si l'appelante soutient, en dernier lieu, que si D... pouvait en première instance se prévaloir de l'article 389 C. Civ., il ne le peut plus aujourd'hui puisqu'un arrêt de la Cour d'Appel d'Angers du 25 mars 1901 a converti en divorce la séparation de corps et a ainsi en appel créé une situation nouvelle.

Mais considérant que la Cour n'a pas actuellement à faire état de cet arrêt ; qu'en effet le divorce n'est définitif qu'après sa transcription ; que c'est seulement après cette transcription qui n'a pas été faite que l'arrêt invoqué pourra produire ses effets ».

Il résulte bien implicitement tout au moins de ces attendus que la Cour aurait admis la thèse de l'appelante si l'arrêt avait été transcrit.

A défaut de décision plus nette, DE LOYNES avait émis un avis catégorique : « Si la séparation de corps a été pronon-

(1) D. P. 1907, 2, 353.

cée contre le mari, le jugement de conversion privera le père de son droit de jouissance, et si on décide que le droit de jouissance appartient alors à la mère, l'administration légale lui sera transmise en même temps ».

En fin de compte, il apparaît que la question qui se posait était semblable à celle qui se posait pour le droit de jouissance.

Lorsque le divorce et la séparation de corps étaient prononcés aux torts respectifs des deux époux, les deux époux auraient dû être déchus de l'administration légale.

En tous cas pour couper court à toutes discussions et aux objections qui n'auraient pas manqué d'être faites, si l'assimilation de la séparation de corps au divorce avait été faite par voie prétorienne au moyen des textes existants, le législateur a opéré lui-même cette assimilation, et a donné pour le divorce et la séparation de corps une seule réglementation qui faisait disparaître les obstacles qui créaient des incompatibilités entre le divorce et la séparation de corps.

Le législateur a rattaché l'administration légale, non plus au droit de jouissance, mais à la garde des enfants.

Ce qu'il faut retenir en tous cas, c'est qu'à l'origine, il y avait de profondes différences entre l'administration légale en cas de séparation de corps, et l'administration légale en cas de divorce, et que le législateur a nivelé ces différences.

Or l'administration légale était la contre-partie de l'usufruit légal. L'administration légale est réglée uniformément pour le divorce et la séparation de corps, ce qui démontre que ces deux mesures ne sont pas absolument inconciliables. La même uniformité peut parfaitement se soutenir pour le droit de jouissance légale au moins lorsque le divorce et la séparation de corps coexistent.

SECTION III

Effet différent pour le divorce et pour la séparation de corps.

Aux termes des articles 386 et 389 le divorce produit des effets qu'à l'origine la séparation de corps ne produisait pas.

La loi ou la jurisprudence ont élevé peu à peu la séparation de corps à la hauteur du divorce.

La situation réglée par l'article 298 C. Civ. abrogé par la loi du 15 décembre 1904 montre au contraire que pour éviter toute antinomie, le divorce a été ramené au niveau de la séparation de corps, et de ce fait le divorce et la séparation de corps mettront les époux dans la même situation lorsque l'un aura obtenu le divorce et l'autre la séparation de corps.

L'article 298 remanié par la loi du 27 juillet 1884 énonçait que dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourrait jamais se marier avec son complice.

La prohibition édictée par cet article ne s'appliquait pas à la séparation de corps. Il fallait pour qu'elle pût jouer que l'adultère eût été la cause de la dissolution du mariage par le divorce.

Si l'adultère servait de cause à une séparation de corps et si le divorce était prononcé pour d'autres causes soit au profit de l'époux adultère, soit au profit de l'autre époux, l'époux contre lequel la séparation de corps avait été prononcée pour cause d'adultère avait la liberté d'épouser son complice après la dissolution du mariage. (1)

Ainsi lorsqu'un époux obtenait le divorce contre son conjoint qui obtenait la séparation de corps pour adultère de ce conjoint, l'époux divorcé et contre qui la séparation de corps était prononcée pouvait se marier avec son complice.

Si au contraire le divorce était prononcé contre l'époux adultère qui de son côté obtenait la séparation de corps, cet époux divorcé et au profit de qui la séparation de corps était prononcée ne pouvait se marier avec son complice.

Le contraste, voire même l'inégalité, pour être dans l'ordre des choses, n'en étaient pas moins trop vifs. Pour la même faute, l'un était châtié, l'autre récompensé.

Dans une matière où les mêmes causes ont de plus en plus tendance à produire les mêmes effets, cette conséquence serait aujourd'hui une exception choquante.

(1) J. G. S. Divorce sép. de corps, 560 ; J. G. Adultère 135, mariages 251 ; Toulouse, 10 juin 1852 : D. P. 52, 2, 169 ; Trib. civ. Lille, 2 nov. 1894 : D. P. 94, 2, 293.

Dans un esprit positif, se souciant des réalités plus que des règles doctrinales, le législateur de 1904 a tout simplement supprimé ce texte qui apparaît comme une fausse note criante, et mis à égalité le divorce et la séparation de corps, l'époux divorcé et l'époux séparé de corps.

SECTION IV

Règle régissant les conséquences des torts des époux.

Si on fait une récapitulation de toutes les conséquences accessoires du divorce et de la séparation de corps, trouve-t-on des différences au profit ou au préjudice d'un des époux lorsqu'à raison de leurs torts respectifs le divorce a été prononcé contre l'un, et la séparation de corps contre l'autre ?

La différence relative aux pensions servies par l'Etat mise à part, le divorce et la séparation de corps produisent des effets à ce point identiques que l'on peut reprendre la formule énoncée en conclusion du chapitre premier en la complétant légèrement : « Deux époux dont l'un a obtenu le divorce, et l'autre la séparation de corps sont pratiquement dans la situation de deux époux ayant obtenu le divorce à leurs torts réciproques ».

TROISIEME PARTIE

Fin de la situation

Cette étude serait incomplète, si après s'être occupée de l'origine et de l'évolution de la situation dont il s'agit, elle ne comprenait pas suivant le cycle classique, une partie traitant de sa disparition.

a) *Décès d'un ex-époux.*

Le cas le plus simple où cette situation prend fin est évidemment le cas où un des deux ex-époux vient à mourir.

La situation de l'ex-conjoint survivant n'est en rien modifiée. Il supporte toujours les mêmes déchéances, et il ne peut être relevé des fautes qu'il a commises. C'est d'ailleurs le décès de l'un des ex-époux qui fait peser sur l'autre certaines des déchéances encourues (perte des avantages matrimoniaux, perte des droits de succession, de jouissance des œuvres littéraires, droit à pension).

Cependant, si usant de son pouvoir discrétionnaire le Tribunal a confié les enfants à un époux, à la mort de cet époux gardien, l'autre époux malgré ses torts personnels pourra à son tour se voir confier les enfants et l'administration de leurs biens, si leur intérêt ne s'y oppose pas.

Si on admet que l'usufruit légal des biens des enfants mineurs, est retiré au père et à la mère qui avaient des torts réciproques, cet usufruit ne sera pas restitué au survivant, mais continuera de profiter aux enfants, et à leur majorité, l'administrateur des biens leur en rendra compte.

b) *Mariage des ex-époux.*

Est-ce qu'un nouveau mariage des époux modifierait leur situation ?

Si un des époux ou si chacun des époux se remariaient avec un tiers, il est bien évident qu'entre anciens conjoints la situation sera encore consolidée.

Si les deux ex-conjoints se remariaient entre eux, à partir de la célébration du nouveau mariage, le passé est-il effacé, le nouveau mariage fera-t-il disparaître les conséquences du divorce et le régime nouveau s'enchaînera-t-il sans transition avec le régime ancien en remontant au jour de la première demande de séparation ?

La question n'est pas en relation tout à fait directe avec le sujet, puisqu'elle se pose aussi bien pour le cas où les époux ont obtenu l'un et l'autre le divorce. Mais il convient tout de même de l'envisager.

Les effets du nouveau mariage sont assez singuliers.

Si des enfants existent de la première union, et que des enfants naissent de la deuxième, les enfants issus de la deuxième sont légalement des enfants du second lit et l'article 1098 C. Civ. notamment, qui fixe la quotité disponible entre époux quand le disposant a des enfants d'un précédent mariage devra jouer.

La femme qui se remarie avec son ancien mari, devra observer le délai de viduité même si elle ne s'est pas mariée avec un tiers dans l'intervalle. Les enfants nés dans l'intervalle du divorce et du nouveau mariage sont des enfants naturels qui doivent être reconnus et qui sont légitimés par le mariage subséquent. (1)

Enfin les avantages matrimoniaux que s'étaient consentis les époux lors de leur premier mariage, révoqués de plein droit par le divorce, resteront révoqués.

Les époux qui ont la faculté depuis la loi du 4 janvier 1930 modifiant l'article 295 C. Civ. d'adopter un nouveau régime matrimonial devront faire revivre ces avantages en faisant un nouveau contrat de mariage, s'ils désirent que le donataire de ces avantages en bénéficie.

(1) Voir chronique LALOU D. H., 1930, chronique p. 9.

La déchéance de l'article 386 subsistera-t-elle ?

En examinant la question en fait, on ne voit aucune raison pour que cette déchéance subsiste. Les époux se sont pardonné leurs torts ; ils sont mariés comme s'il n'y avait jamais eu le moindre nuage dans leur vie. La famille est regroupée, et les enfants ont retrouvé le foyer perdu. Les souvenirs d'un mauvais passé sont effacés.

Cette déchéance viendra-t-elle toujours rappeler aux époux les heures noires de leur existence, et troubler la sérénité revenue ?

Les règles et les textes qui les édictent sont-ils implacables ? D'après l'article 295 C. Civ., il semble que les ponts sont rompus complètement entre le passé et le présent, entre l'ancienne union et la nouvelle. L'ancienne union ne revivra pas dans la nouvelle. Les époux ont tourné une page de leur vie. Ils en commencent une autre toute différente, qui suit la précédente, mais ne la reprend pas : ils doivent comme s'ils n'avaient jamais été mariés faire célébrer leur mariage et dresser un nouveau contrat de mariage qui règlera pour l'avenir les conditions civiles de leur union. S'ils ne dressent pas de contrat de mariage, ils seront soumis au régime légal, même si lors de la première union complètement liquidée, ils avaient rédigé un contrat.

Quant au droit de jouissance légale, l'article 384 dit que le père en bénéficiera pendant le mariage, et aux termes de l'article 386 ce droit est perdu pour les parents si le divorce est prononcé contre tous les deux.

Le mariage qui a donné ouverture à cet usufruit légal n'existe plus, et le nouveau mariage n'est pas le recommencement du premier.

Dans le silence de la loi, il est permis de conclure que malgré leur remariage, les époux restent privés de l'usufruit légal des biens de leurs enfants issus du premier mariage. Cet usufruit appartiendrait au père sur les biens des enfants mineurs issus du second mariage.

Le père recouvrerait entièrement la puissance paternelle qui avait été démembrée, si les enfants avaient été confiés à des tiers.

La garde des enfants est une mesure toujours provisoire. Si les enfants ont été confiés à la mère, celle-ci les ramènera avec elle en se réconciliant avec le père, Si les

enfants avaient été confiés à des tiers, ces tiers les restitueraient sans difficulté sans doute, et en tous cas les parents obtiendraient facilement la modification à leur profit du jugement confiant leurs enfants à des tiers. Le droit d'administration des biens de ces enfants suivrait naturellement le droit de garde.

Les prescriptions édictées par les articles 2253 et 2256-2°, suspendues pendant le premier mariage et qui avaient commencé à courir depuis sa dissolution, seront-elles interrompues ?

Sans doute, car il serait singulier d'exiger qu'à peine réconciliés, les époux plaident à nouveau l'un contre l'autre.

S'il n'y a pas de difficulté au sujet des droits de succession du conjoint survivant, puisque ces droits ne prennent naissance qu'au jour du décès, et que c'est à cette époque qu'il faut considérer la situation des époux, il n'en est pas de même en ce qui concerne les pensions de retraite.

Ces pensions ne sont acquises à la femme que si le mariage a duré un certain temps avant le décès du mari, ou la cessation d'activité du mari. En général le délai est de deux ans.

Le mari meurt avant que le temps nécessaire pour donner des droits à la femme soit écoulé depuis le deuxième mariage. La femme peut-elle prétendre à pension ?

Suivant le jeu strict des règles, la réponse négative s'imposerait. En fait que se passerait-il ? Il n'est pas aisé de le dire. Les recueils de jurisprudence ne contiennent pas de décision. Les cas de ce genre sont certainement très rares.

c) La conversion de la décision

prononçant la séparation de corps est-elle possible ?

Après avoir passé sommairement en revue les effets du décès ou du remariage d'un ou des époux à la fois divorcés et séparés de corps, il reste à se demander si un époux peut demander la conversion en divorce de la décision prononçant la séparation de corps.

Si cette opération peut être faite, elle mettra fin à la situation étudiée, puisque les deux époux bénéficieront d'un jugement de divorce.

Un arrêt de la Cour d'Appel d'Angers du 17 novembre 1936 a résolu cette question par l'affirmative. (1)

Cet arrêt paraît être unique en la matière, et voici pour quels motifs il décide la conversion possible :

« Attendu que la disposition de l'article 310 C. Civ. est impérative et ne comporte aucune exception ; qu'elle précise que, lorsque la séparation de corps aura duré 3 ans, le jugement qui l'a prononcé, sera de droit converti en jugement de divorce, sur la demande formée par l'un des époux ; qu'il s'ensuit que la mission des juges saisis d'une demande de conversion se trouve strictement limitée à la vérification de la durée de la séparation ; qu'il importe peu dès lors que la décision devenue définitive du 23 mars 1932, laquelle a prononcé la séparation de corps d'entre les époux P... aux torts du mari et au profit de la femme, ait, en même temps prononcé le divorce aux torts de celle-ci.

« Attendu aussi que si le jugement du 23 mars 1932 a bien rompu le lien conjugal, il n'a cependant pas produit tous les effets juridiques qui seraient résultés d'une décision ayant prononcé le divorce aux torts réciproques des époux ; qu'il conviendra de considérer en effet que la disposition de l'article 386 stipule que la jouissance des biens de l'enfant né du mariage n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé ; qu'il s'ensuit que la demande de la dame P... présente pour elle un intérêt, puisqu'elle tend implicitement à faire placer son mari dans l'état de déchéance en lequel elle se trouve elle-même placée, en conséquence du jugement du 23 mars 1932 ».

Cet arrêt est critiqué avec raison par M. LAGARDE (2), et on pourrait également critiquer la note qui suit cet arrêt à la *Gazette du Palais*. (1)

L'argument de la Cour d'Angers est double :

D'une part, les Tribunaux doivent automatiquement prononcer la conversion de la séparation de corps en divorce, sur la demande qui leur est faite, dès constatation que le délai de trois ans est écoulé ;

(1) G. P. 1937, 1, 78.

(2) Revue trimestrielle de Droit civil 1937, p. 87.

D'autre part, l'époux qui a obtenu la séparation de corps a intérêt à faire convertir la séparation de corps en divorce pour profiter de toutes les conséquences et de tous les avantages du divorce que ne lui assure pas la séparation de corps.

M. LAGARDE a répondu et on ne peut mieux faire que reprendre son argumentation :

La demande de la femme, dans l'espèce de la Cour d'Angers, était sans objet. Elle tendait à faire prononcer la dissolution de son mariage. Or ce mariage était déjà dissous par le divorce obtenu par le mari. On ne conçoit pas la dissolution d'un mariage déjà dissous.

Pour être encore plus net, M. LAGARDE aurait pu ajouter que la jurisprudence consent bien à ce qu'en face d'un divorce à la requête d'un époux, la séparation de corps soit prononcée à la requête de l'autre, mais elle ne peut valoir qu'en tant que de besoin. Lorsque le divorce devient définitif il n'est plus besoin de la séparation de corps en tant qu'elle relâche le lien conjugal. Elle devient caduque, nulle, de nul effet et non avenue suivant la formule traditionnelle. En quoi peut-on convertir le néant ?

Que la Cour d'Angers ait cependant converti cette séparation de corps confirmerait bien l'observation faite en première partie que les Tribunaux prononcent la séparation de corps sans connaître la portée de leur décision. Si la Cour d'Angers avait connu l'origine de la jurisprudence qui a établi la pratique de prononcé de la séparation de corps et du prononcé du divorce, elle n'aurait certainement pas jugé comme elle a fait, et elle n'aurait pas dit que les Tribunaux ont à se préoccuper seulement de savoir si le délai de trois ans nécessaire pour la conversion est écoulé. Elle a en effet frôlé la solution juste, car elle a bien posé la question : « La séparation de corps a-t-elle duré trois ans ?, dit-elle. C'est tout ce qu'on doit se demander ». Et c'est vrai. Mais précisément peut-elle dire que la séparation de corps a duré trois ans parce qu'un délai de trois ans s'est écoulé entre le jour du prononcé de la séparation de corps et le jour de la demande en conversion ?

La Cour d'Angers a confondu dans sa réponse : délai de trois ans et durée de trois ans. La séparation de corps n'a pas duré trois ans, puisqu'elle ne s'est même pas réalisée effectivement.

D'ailleurs la durée de la séparation de corps pendant trois ans n'est pas la seule condition qui doit être remplie.

Suivant les règles ordinaires, la demande doit présenter tous les caractères nécessaires de recevabilité d'une demande, et les Tribunaux ont donc à apprécier si la demande est recevable ou non. A titre d'exemples, M. LAGARDE indique que la Chambre du Conseil ne prononcerait pas la conversion si le défendeur était décédé, ou si une exception d'incompétence était soulevée. De même la conversion ne peut être prononcée, si la demande apparaît sans objet.

A cet égard, la Cour d'Angers admet que le lien conjugal est complètement rompu par le jugement de divorce obtenu par le conjoint, mais elle soutient que la demande n'est pas cependant sans objet. Cet objet réside dans l'intérêt que peut avoir l'époux qui a obtenu la séparation de corps, à faire convertir cette séparation de corps en raison des effets plus étendus du divorce.

Cet intérêt existerait-il, il ne pouvait être pris en considération au moment de la demande de conversion.

S'il existe trois ans après le jugement de séparation de corps, il existait certainement au moment où l'époux qui a obtenu le divorce a formé sa demande. Il n'a pas plu à l'époux intéressé de défendre ses droits à ce moment, où il en avait tout le loisir et toute la faculté en demandant lui-même le divorce. Il ne peut pas dire que cette mesure lui répugnait, puisqu'il la sollicite maintenant.

En outre et surtout, l'époux qui avait obtenu la séparation de corps n'a aucun intérêt véritable à obtenir une décision de divorce.

L'arrêt de la Cour d'Angers et la note insérée à la *Gazette du Palais* (1) citent au titre des effets juridiques que ne produit pas la séparation de corps, la déchéance de l'article 386, la perte des droits de succession du conjoint survivant, la perte du droit à la pension de retraite des fonctionnaires civils et militaires et de la Caisse de Prévoyance

(1) 1937, 1, 78.

des marins qui peut être allouée à la veuve au profit de laquelle la séparation de biens est prononcée et non à l'épouse divorcée.

L'arrêt et la note décèlent une fois encore combien la question est connue superficiellement. S'ils avaient considéré que la séparation de corps est prononcée à peu près pour la forme, en tant qu'elle met fin à la vie commune, et surtout pour qu'un époux ne soit pas mis dans un état d'infériorité humiliant à l'égard de l'autre, pour que ne soient pas créées d'inégalités entre les deux époux qui supporteront l'un et l'autre les conséquences de leurs torts personnels, et profiteront l'un et l'autre des avantages que leur procureront le cas échéant les torts du conjoint, ils n'auraient pas dit que la séparation de corps ne produit pas dans ce cas tous les effets juridiques du divorce, et qu'ainsi le demandeur en séparation de corps a intérêt à obtenir le divorce. Il faut reconnaître cependant que cet intérêt existerait en ce qui concerne les pensions de retraite des fonctionnaires civils et militaires, puisque la loi de 1924 a créé une anomalie déplorable.

Mais cette anomalie ne devrait pas cependant entraîner cette autre anomalie que serait la conversion en divorce d'une séparation de corps inexistante.

Dira-t-on enfin que l'époux qui a obtenu la séparation de corps pourrait avoir intérêt à obtenir un jugement de divorce par conversion, pour justifier auprès de certaines administrations avec lesquelles il pourrait être en rapport, de son état d'époux divorcé, sans être tenu de faire connaître les motifs qui ont pu amener la séparation et qu'il répugne à étaler aux yeux d'étrangers.

Ce souci, quoique estimable, n'est pas un intérêt juridique (1). C'est peut-être une commodité ou une satisfaction personnelle que réclame un justiciable. Mais ces raisons ne paraissent pas suffisamment déterminantes. Aboutir autant que possible à des solutions d'équité, est bien :

(1) Bien des administrations, d'ailleurs, se contentent de la production d'un certificat du greffe, attestant le dispositif du jugement de séparation.

tenir compte des goûts, des susceptibilités, du caractère de chaque justiciable serait aboutir au désordre et à l'arbitraire. La justice ne peut pas être faite « à la tête du client ».

Une dernière hypothèse peut se présenter à l'esprit : il peut se faire que la séparation de corps soit effectivement duré trois ans, avant que l'époux contre qui elle avait été prononcée, obtienne à son tour un jugement de divorce définitif.

La séparation de corps qui a duré trois ans pourra-t-elle être convertie ? Il faut répondre négativement. La durée de la séparation de corps pendant trois ans est une condition nécessaire. Mais elle n'est pas suffisante. La demande de conversion doit être examinée au moment où elle est formée, pour qu'elle soit jugée recevable ou non. Dans cette hypothèse, elle n'existe plus depuis que le jugement de divorce est définitif, bien qu'auparavant elle ait duré trois ans. L'époux qui avait obtenu la séparation de corps est encore moins pardonnable dans ce cas que dans le cas où le divorce et la séparation de corps étaient à peu près concomitants, car, non seulement il aurait pu lui aussi former une demande en divorce, mais il aurait pu demander la conversion avant que le jugement de divorce de son conjoint soit devenu définitif.

En somme la conversion ne peut être utilisée pour transformer en divorce une décision de séparation de corps conjointe à une décision de divorce définitive.

Cette conversion serait superflue. Elle ne changerait rien ni en droit, ni en fait à la situation existante.

Étant sans intérêt, la conversion est sans objet ; étant sans objet, elle est irrecevable.

L'arrêt de la Cour d'Angers restera sans doute isolé, et si la jurisprudence avait à se prononcer de nouveau, elle statuerait certainement en sens inverse, et la décision serait sans doute suivie d'un commentaire tout aussi affirmatif que celui de l'arrêt de la Cour d'Angers, mais en sens contraire.

Sic transit...

QUATRIEME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

D'AUTRES ETATS CONNAISSENT-ILS UN SYSTEME COMPARABLE AU SYSTEME FRANÇAIS EN MATIERE DE DIVORCE ET DE SEPARATION DE CORPS ?

1. — Divers groupes de législations.

Au cours d'un petit circuit de droit comparé, il serait intéressant de rechercher si un système comportant la coexistence du divorce et de la séparation de corps existe dans les législations étrangères.

Les législations des divers Etats peuvent être classées en trois groupes :

1° Législations admettant le divorce à l'exclusion de la séparation de corps (Roumanie, Russie, Serbie, Pays Musulmans, etc...) ;

2° Législations admettant la séparation de corps à l'exclusion du divorce (Pérou, Chili, Mexique, Uruguay, Irlande, Brésil, etc...) ;

3° Législations admettant le divorce et la séparation de corps (Angleterre, Ecosse, Belgique, Luxembourg, Etats-Unis, Grèce, Hollande, Hongrie, Monaco, Suisse, Portugal, Espagne, Suède, Norvège, Tchécoslovaquie, etc...).

Une mention spéciale doit être faite pour l'Allemagne qui à côté du divorce connaît une institution qui tout en équivalant pratiquement à la séparation de corps n'est pas la séparation de corps et porte le nom de « Suppression de communauté de vie conjugale ».

Cette institution est tellement semblable à la séparation de corps que presque toujours l'Allemagne est rangée parmi les Etats admettant le divorce et la séparation de corps. (1)

Les législations des deux premiers groupes ne sont citées que pour être aussitôt écartées, puisque ne connaissant qu'une institution, (ou le divorce ou la séparation de corps) elles ne permettent en aucune façon la dualité divorce-séparation de corps.

II. — *Revue de certaines législations admettant le divorce et la séparation de corps.*

Quant aux Etats du troisième groupe, leur législation respective n'admet pas nécessairement le divorce et la séparation de corps comme deux institutions parallèles :

Dans certaines législations, la séparation de corps n'est qu'une étape, mais une étape obligatoire avant le divorce.

C'est le cas par exemple de la législation de Norvège qui à côté du divorce pour causes déterminées, admet aussi le divorce par consentement mutuel ; pour parvenir au divorce par consentement mutuel, les époux doivent d'abord être pendant trois ans séparés de corps par l'autorité civile qui s'efforce de les dissuader de leur projet ; au bout de ce temps, le divorce n'a lieu qu'avec la permission du Roi. (2)

C'est aussi le cas d'un Etat des Etats-Unis d'Amérique, l'Etat du Maine, où le divorce ne peut être prononcé qu'un an au moins après que les époux ont été séparés de corps. (3)

Dans ces législations, la séparation n'a rien de comparable à la séparation de corps de la loi française ; elle n'est qu'une mesure préparatoire du divorce, une épreuve imposée aux époux avant qu'ils en arrivent à l'irréversible. Elle est en quelque sorte une prolongation des procédures de conciliation ; elle a une fonction réduite. Elle n'a pas une existence autonome, elle fait partie de la procédure du divorce.

(1) Rép. prat. *Dalloz*, séparation de corps n° 210.

(2) Richard PRASSINOS, p. 402, n° 955.

(3) E. LEHR, p. 206.

En tous cas, sa portée est parfaitement délimitée et comme elle ne peut pas entrer en concurrence avec le divorce entre deux époux, l'étendue de ses effets ne soulève pas de difficulté, contrairement à ce qui se passe dans les législations où le divorce et la séparation de corps sont deux institutions bien distinctes et indépendantes.

Les législations de ce genre ne créeront donc pas de situation semblable à la situation existant en France. Les époux soumis à ces lois seront d'abord séparés de corps puis divorcés. La séparation de corps et le divorce se succèdent, mais ne coexistent pas.

Il reste enfin les législations admettant parallèlement le divorce et la séparation de corps, et à leur sujet deux questions se posent :

1° Dans quelles conditions le divorce et la séparation de corps coexistent-ils dans ces diverses législations ?

2° Le régime de cette coexistence et de ses effets est-il organisé par la loi ?

Il est nécessaire d'examiner successivement la législation d'un certain nombre d'Etats, car chaque Etat a sa réglementation propre.

ANGLETERRE :

La loi anglaise prévoit trois procédures pour mettre fin à la vie commune : d'abord une procédure qui est à la disposition de la femme seule.

Une femme dont le mari a été condamné à une amende de plus de 5 livres, ou à un emprisonnement de plus de deux mois pour l'avoir frappée, une femme dont le mari l'a abandonnée ou dont le mari se rend coupable de sévices continuels (persistant cruelty) à son égard ou à l'égard de ses enfants, une femme dont le mari a des habitudes d'intempérance, peut s'adresser à un magistrat des Tribunaux inférieurs, ce qui correspond (de loin d'ailleurs) à la justice de paix française : (Petty session, court of summary jurisdiction) pour obtenir une ordonnance de séparation (separation order).

Cette ordonnance a tous les effets d'un décret de séparation judiciaire : elle dispense la femme de cohabiter avec

son mari et condamne le mari à servir à sa femme une pension alimentaire hebdomadaire (weekly allowance) dont elle fixe le montant.

Cette ordonnance produit ses effets jusqu'à ce que sur la demande de l'un ou l'autre des époux formant un action en divorce, le Tribunal compétent pour connaître de cette demande, la rapporte et la remplace par sa propre décision.

Cette séparation provisoire ne se cumule pas avec le divorce qui peut intervenir postérieurement. Elle disparaît purement et simplement, lorsque la juridiction compétente en matière de divorce et de séparation de corps (la 5^e Chambre : Probate, divorce and admiralty division de la 1^{re} section de la Cour Suprême de Justice (Supreme court of Judicature) rend une décision de pleine juridiction, alors que l'ordonnance de séparation n'est qu'une décision d'une juridiction d'exception.

Sur ce point, les règles anglaises sont bien précises. (1)

En dehors de cette procédure spéciale, existent les actions ordinaires en divorce et séparation de corps.

Le *Bill* du 8 août 1857 (2), admet parallèlement le divorce et la séparation de corps (3). Les causes du divorce et les causes de la séparation de corps sont les mêmes en grande partie (adultère, sévices, abandon, inceste, bigamie, viol, pratiques hors nature). Il est permis à un époux assigné en divorce de répondre en formant une demande reconventionnelle soit en divorce, soit en séparation de corps (counterclaim for a judicial séparation ; cross-petitions ; cross-prayers).

Il est également permis à un époux de demander le divorce et à l'autre de demander la séparation de corps par voie d'actions principales. (1)

Dans ses grand linéaments, cette législation est semblable à celle de la France. Cette similitude se retrouve même dans les lacunes, car pas plus que la loi française, la loi

(1) *Law for the Million*, p. 280 ; Commentaires de *Stephen*, sur le droit d'Angleterre, T. 1, p. 325 ; *Halsbury*, p. 840, n° 1342.

(2) Des dispositions légales ont complété le bill du 8 août 1857 (acts de 1923, de 1938), mais sans modifier les règles fondamentales du bill du 8 août 1857.

(3) *Halsbury's law of England*, n° 1081.

anglaise n'organise la coexistence des actions en divorce et en séparation de corps entre deux époux. Aussi l'Etat Britannique est-il un Etat dont les décisions en cette matière recevront effet en France, puisque les systèmes de ces deux Etats sont à peu près identiques.

Quoiqu'avec des différences de détail, la loi Ecossaise ayant institué le divorce et la séparation de corps avec les mêmes causes (adultère, violences, abandon) permet d'arriver aux mêmes résultats.

SUISSE :

L'article 143 du Code Civil Suisse est ainsi conçu :
« L'action tend au divorce ou à la séparation de corps ».

Le divorce et la séparation de corps existent donc comme deux mesures équivalentes. Les causes d'ailleurs sont les mêmes pour le divorce et pour la séparation de corps, et la procédure est également la même. (1)

Mais l'article 142 apporte une disposition propre à la loi Suisse : « Si la désunion est surtout imputable à l'un des conjoints, l'action ne peut être intentée que par l'autre ».

Lorsque les deux époux sont demandeurs, l'un en divorce, l'autre en séparation de corps, le juge doit rechercher lequel est le plus coupable, et seul cet époux succombera. Seul le divorce sera prononcé, à l'exclusion de la séparation de corps, ou seule la séparation de corps à l'exclusion du divorce, même si l'époux qui triomphe avait des torts à se reprocher.

C'est seulement lorsque les torts seront jugés à peu près équivalents que le divorce et la séparation de corps pourront coexister.

Mais alors comme les lois anglaise et française, la loi suisse est muette sur les conséquences de cette situation ; les Tribunaux ont pris l'habitude de prononcer le divorce sans désigner une partie innocente et une partie coupable,

(1) MARCHAND, p. 121, thèse : Le divorce et la séparation de corps dans le Code civil, Suisse.

ce qui laisse comprendre au lecteur du jugement que les deux époux sont coupables et qu'ils doivent être traités sur un pied d'égalité pour les conséquences du divorce. (1)

BELGIQUE :

Quant à la Belgique, elle admet en cette matière les principes et les solutions de la jurisprudence française (2), à défaut de dispositions de la loi. (3)

GRECE :

La loi grecque est moins riche encore. Une loi du 24 juin 1920 admet parallèlement le divorce et la séparation de corps, mais ne contient aucune règle particulière à la séparation de corps. A défaut de textes spéciaux, la jurisprudence applique à la séparation de corps les règles du divorce tant pour les causes que pour la procédure.

C'est le plus bel exemple de l'assimilation intégrale du divorce et de la séparation de corps. La loi permet la double action en divorce et en séparation de corps, et comme elle ne réglemente pas le jeu de cette double action, la jurisprudence ne fait aucune différence entre l'action en divorce et l'action en séparation de corps ; la conclusion qui s'impose est que, sous ce régime, deux époux dont l'un a obtenu le divorce et l'autre la séparation de corps sont absolument dans la situation de deux époux divorcés à leurs torts réciproques. (4)

MONACO :

La principauté de Monaco a fait en cette matière comme en beaucoup d'autres. Elle a adopté les principes français,

(1) MARCHAND, p. 64, 65, 66.

(2) Cass. fr., 12 mars 1901 : D. P. 1901, 1, 294.

(3) Les codes et lois spéciales les plus usuelles en vigueur en Belgique, par Jean SERVAIS, E. MECHÉLYNCK et Paul SERVAIS, éd. 1938, p. 400.

(4) Richard PRASSINOS, thèse, Paris 1928 : Le divorce et la séparation de corps dans les principales législations étrangères, p. 265, 266.

et les a transposés dans l'ordonnance souveraine du 3 juillet 1907 relative au divorce et à la séparation de corps. (1)

On lit à l'article 12, du chap. II, du titre I de cette ordonnance : « Le demandeur peut en tout état de cause transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps. Les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions ».

Et à l'article 31, chap. I, titre II, Séparation de corps : « Dans les cas où il y a lieu à demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps ».

On croirait lire le Code Civil Français.

PORTUGAL :

Au Portugal, la matière du divorce et de la séparation de corps est régie par un décret-loi du 3 novembre 1910. (2)

Ce décret-loi admet le divorce et la séparation de corps et les mêmes causes peuvent indifféremment donner ouverture à l'action en divorce ou à l'action en séparation de corps.

Les dispositions légales s'arrêtent là : les conditions de la coexistence du divorce et de la séparation de corps ne sont pas fixées par la loi. Cependant l'article 44 du décret-loi stipule que le droit de choisir entre le divorce et la séparation de corps appartient à l'époux innocent qui intente l'action.

Il faut en déduire que chaque époux coupable sera condamné à la mesure réclamée par l'autre; et si chaque époux fait reconnaître l'autre coupable, dans un procès où l'un a demandé le divorce et l'autre la séparation de corps, le divorce et la séparation de corps seront prononcés : les torts respectifs des époux seront reconnus, et le lien matrimonial sera rompu.

(1) Annuaire 1907, p. 596 T.

(2) Annuaire 1910, p. 255.

ESPAGNE :

En Espagne, la coexistence du divorce et de la séparation de corps est récente. Elle a été introduite par une loi du 2 mars 1932. Auparavant, seule la séparation de corps était accordée. Depuis la loi du 2 mars 1932, la coexistence du divorce et de la séparation de corps crée une situation analogue à la situation existant en France (1). Les journaux quotidiens du 25 septembre 1939 ont d'ailleurs annoncé que le Conseil des Ministres du Général Franco venait de suspendre l'application du 2 mars 1932. Le divorce n'est plus possible désormais en Espagne.

SUEDE :

La Suède connaît la séparation de corps et le divorce par consentement mutuel, d'une part, et d'autre part, la séparation de corps et le divorce pour causes déterminées.

Lorsque les époux mettent fin à la vie conjugale d'un commun accord, il n'y aura pas cumul du divorce et de la séparation de corps, puisque les deux époux doivent être d'accord et consentir soit au divorce, soit à la séparation de corps.

Mais en cas de procédures contentieuses, le divorce et la séparation de corps pourront être prononcés simultanément. C'est ce que dit l'article 4, paragraphe 2 de la loi du 12 novembre 1915, reprise par les lois du 11 juin 1920, qui constitue le statut du divorce et de la séparation de corps. (2)

« Si les deux époux réclament conjointement le divorce ou la séparation de corps, l'affaire doit être portée devant le Tribunal compétent dans les affaires intentées contre les deux époux ».

En dehors de cette disposition, il n'apparaît pas que les lois apportent d'autres précisions sur la solution à donner

(1) Annuaire 1932, p. 159 A ; Bulletin de l'Institut intermédiaire international 1932, p. 97.

(2) Annuaire de législation étrangère 1915, p. 381. Bulletin des lois 1915, n° 426, 38.

aux demandes conjointes de deux époux, l'une en divorce, l'autre en séparation de corps. Comme ailleurs la jurisprudence doit suppléer à l'insuffisance de la loi.

TCHÉCOSLOVAQUIE :

En Tchécoslovaquie, l'atteinte grave à la vie conjugale rendant la vie commune intolérable constituait indifféremment une cause de divorce ou de séparation de corps. Cette législation permettant le divorce pour un époux et la séparation de corps pour l'autre a peut-être cessé de s'appliquer depuis la dislocation de la Tchécoslovaquie et l'annexion par le Reich Allemand d'une partie de ses territoires. (1)

HONGRIE :

La Hongrie offre aux époux désunis le divorce et la séparation de corps pour les mêmes causes exactement. (2)

Les textes de la loi XXXI de 1894 relatifs au divorce s'appliquent également en majeure partie, *mutatis mutandis*, à la séparation de corps (3). La loi ne paraît pas s'occuper de la combinaison du divorce et de la séparation de corps obtenus respectivement par chacun des époux ; mais, en raison de l'extension à la séparation de corps des textes relatifs au divorce, la solution est que les deux époux se trouvent divorcés à leurs torts respectifs.

HOLLANDE :

Dans son article 288, le Code Civil Néerlandais emprunte les dispositions du Code Civil Français : « Les époux pourront demander la séparation de corps dans les cas où le divorce est admis ».

Dans son article 289, il ajoute : « La demande sera intentée, instruite et jugée de la même manière que la demande en divorce ».

(1) Richard PRASSINOS, p. 107.

(2) ROQUIN, Traité de Droit civil, comparé, p. 266, n° 201.

(3) E. LEHR, p. 127, n° 252.

Cette législation encore, en appliquant à la séparation de corps les règles du divorce, rapproche ces deux institutions et en fait deux institutions similaires.

Il n'est pas difficile, lorsqu'elles sont utilisées conjointement par deux époux, d'arriver à ce qu'elles se ressemblent complètement et produisent ensemble le même effet : la dissolution du mariage.

Une constatation s'impose : toutes les législations qui viennent d'être examinées, établissent le système mixte du divorce et de la séparation de corps, et toutes présentent la même lacune : absence complète d'organisation de cette combinaison des deux institutions.

ALLEMAGNE :

Seul le Code Civil Allemand qui n'admet pas la séparation de corps à proprement parler, mais connaît l'institution approuvée de la suppression de communauté de vie conjugale, a prévenu la contradiction qu'il pouvait y avoir à prononcer le divorce et la simple suppression de communauté de vie entre deux époux, et a pris des dispositions en conséquence dans ses articles 1574 et 1575.

Article 1574 : « Lorsque le divorce a lieu pour une des causes déterminées aux articles 1565 à 1568, on doit exprimer dans le jugement que le défendeur porte la faute du divorce.

Si le défendeur a formé une demande reconventionnelle et que celle-ci ait été reconnue fondée, les deux époux doivent être déclarés coupables.

Article 1575 : « L'époux qui a droit d'agir en divorce peut, au lieu d'agir en divorce, agir en suppression de la communauté de vie conjugale.

Si l'autre époux requiert que pour le cas où l'action serait fondée, le mariage soit dissous par le divorce, il y a lieu de prononcer le divorce.

A l'action en suppression de la communauté de vie conjugale s'appliquent les dispositions des articles 1573 et 1574 ». (1)

(1) C. Civ. Allemand : Traduction de l'Office de Législation étrangère et de Droit International, 1929.

Aux termes de ces articles donc, les causes du divorce et de la suppression de communauté de vie conjugale sont les mêmes ; les demandes reconventionnelles sont admises aussi bien pour le divorce que pour la suppression de communauté de vie conjugale, et sans même faire une demande en divorce, l'époux contre lequel est formée une action en suppression de communauté de vie conjugale bien fondée, peut requérir qu'au lieu de la suppression de communauté de vie conjugale, ce soit le divorce qui soit prononcé contre lui.

Et comme lorsque les deux époux ont des torts, ils doivent être déclarés coupables l'un et l'autre, à plus forte raison ce sera le divorce qui sera prononcé aux torts des deux époux lorsqu'à une demande en suppression de communauté de vie conjugale le conjoint répondra par une demande en divorce basée sur des fautes du demandeur en suppression de communauté de vie conjugale.

La loi allemande, écarte toutes les difficultés : chaque fois qu'un époux intentera une action en suppression de communauté de vie conjugale, seul le divorce sera prononcé si l'autre époux le requiert. Il sera prononcé aux torts exclusifs du défendeur, si le défendeur seul a des torts, aux torts partagés des deux époux si les deux époux ont des torts.

A peu de chose près, les dispositions de la loi allemande expriment la conclusion à laquelle en cette matière on aboutit dans la plupart des Etats. Le fait que ces dispositions ont déjà trouvé place dans une législation engage bien à estimer qu'elles ne seraient pas déplacées dans toutes les autres législations similaires.

Elles correspondent, particulièrement pour la France, à la solution jurisprudentielle. Aussi devraient-elles être préférées à toutes autres, notamment aux dispositions des lois en vigueur dans la majeure partie des différents Etats des Etats-Unis qui adoptent une solution un peu différente.

ETATS-UNIS D'AMERIQUE :

Le divorce et la séparation de corps peuvent être prononcés pour les mêmes causes dans presque tous les Etats des Etats-Unis d'Amérique (le Maine excepté) [1]. Mais

(1) Voir supra p. 138.

les Tribunaux ont la faculté de prononcer suivant les circonstances, à leur gré, ou le divorce ou la séparation de corps. En tous cas il n'y a aucune ambiguïté : ou bien les époux seront divorcés, ou bien ils seront séparés de corps à leurs torts réciproques. (1)

De tout cela, on peut conclure d'une façon générale que soit en raison de dispositions légales, soit en vertu de jurisprudences, dans les Etats admettant simultanément et parallèlement le divorce et la séparation de corps entre deux époux, deux époux ayant obtenu l'un le divorce, l'autre la séparation de corps seront dans la situation de deux époux ayant obtenu le divorce à leurs torts réciproques.

Cette solution est celle du bon sens qui sous toutes les latitudes finit toujours par conserver ses droits.

CHAPITRE II

DES JUGEMENTS ETRANGERS PEUVENT-ILS CREER LA SITUATION OBJET DE CETTE ETUDE ?

I. — *Différents cas.*

Jusqu'alors la situation de deux époux ayant obtenu l'un le divorce, l'autre la séparation de corps a été examinée dans l'hypothèse où les deux époux ont obtenu et invoquent la double décision dans l'Etat auquel ils appartiennent.

La situation pourrait également être examinée en droit international dans l'hypothèse où les deux décisions n'émaneraient pas de juridictions d'un même Etat ou seraient invoquées dans des Etats étrangers.

L'Etat, dont les Tribunaux ont rendu un des deux jugements, reconnaîtra-t-il l'autre jugement rendu dans un Etat étranger ?

(1) E. LEHR, p. 206.

Les Etats tiers reconnaîtront-ils les deux décisions, ou une seulement et laquelle ?

Les principes ordinaires du droit international privé fournissent la solution.

Chaque Etat dans lequel des jugements étrangers sont invoqués, que ces jugements concernent des étrangers ou des nationaux, vérifie si ces jugements remplissent les conditions nécessaires pour être déclarés valables, suivant ses règles de droit international privé.

Deux situations peuvent alors se présenter :

1° Les deux décisions sont intervenues dans deux Etats différents et sont invoquées dans l'un ou l'autre de ces deux Etats : si le jugement étranger à l'Etat où l'autre jugement a été prononcé n'est pas valable dans cet Etat, seul le jugement de cet Etat aura autorité dans cet Etat.

Deux époux ont, par exemple, obtenu l'un le divorce en Angleterre, l'autre la séparation de corps en France. Chacun invoque en Angleterre le jugement rendu à son profit ; l'autorité anglaise vérifiera si le jugement français de séparation de corps a été rendu dans des conditions telles qu'il soit valable en Angleterre. S'il est valable, les deux jugements produiront leurs effets. La question de savoir dans quelle mesure ils produiront leurs effets se posera plus loin (1). Il est bien évident que, comme en France, en Angleterre un époux ne sera pas divorcé et l'autre séparé de corps ; les époux seront certainement divorcés, mais chaque époux pourra exciper des torts de l'autre.

Si le jugement français n'est pas acceptable, seul le jugement anglais fixera les droits des deux parties.

A l'inverse, si les époux font état de leurs jugements en France, l'autorité française examinera si le divorce a été prononcé dans des conditions qui le rendent recevable en France, et suivant le cas rejettera la décision de divorce, ou l'admettra en concurrence avec la décision française de séparation de corps.

2° La deuxième situation est celle dans laquelle les deux jugements sont invoqués dans un Etat tiers : on pourrait penser que cette situation va encore se dédoubler suivant que les jugements émaneront d'un même Etat ou de

(1) Voir *infra* p. 158.

deux Etats différents. Mais il n'en est rien ; dans ces deux cas la situation est la même au fond. Il s'agit pour un Etat tiers d'apprécier la validité de deux décisions étrangères. Il importe donc peu que ces décisions étrangères proviennent d'un ou de deux Etats. De même il importe peu que les deux décisions soient exprimées par un seul jugement ou par deux.

Que l'autorité anglaise ait à examiner la validité de deux décisions rendues l'une en France et l'autre en Belgique, ou rendues toutes les deux en Belgique ou toutes les deux en France, il est bien évident que pour elle la question à résoudre est exactement la même. Ces deux décisions étrangères sont-elles valables ?

Dans chaque Etat tiers, les deux décisions, qu'elles émanent du même pays ou de deux pays différents, seront reconnues si l'Etat tiers les estime régulières ; si elles ne sont pas considérées comme valables, elles seront non avenues l'une et l'autre : si une seule apparaît conforme aux règles, seule celle-ci recevra admission et régira les parties dans l'Etat tiers.

II. — *Conditions auxquelles ces décisions produiront effet.*

1° *Elles produiront effet si elles sont reconnues valables :*

En un mot, la question qui se pose n'est pas une question particulière et propre à des décisions de divorce ou de séparation de corps. C'est toute la question de la validité des jugements rendus par les Tribunaux d'un Etat étranger, en droit international privé. Elle dépasse ainsi singulièrement le cadre de cette étude par sa généralité.

2° *Elles seront valables si elles confèrent un droit acquis :*

Le principe fondamental est que chaque époux pourra se prévaloir du jugement dont il bénéficie, dans tous les Etats où ce jugement sera reconnu lui conférer un droit acquis, en vertu de la règle de droit international privé du respect international des droits acquis.

3° *Elles confèrent un droit acquis si elles sont régulières.*

Il semble qu'il n'y ait alors qu'à indiquer dans quelles conditions en droit international un jugement confère un droit acquis.

Mais là commencent les difficultés.

Chaque Etat en effet examine avec ses règles propres le ou les jugements qui lui sont soumis (1). Si les conditions de principes peuvent être énumérées, les règles positives servant à l'examen de ces conditions diffèrent souvent avec les Etats.

« Les jugements rendus compétemment et conformément à la loi des intéressés (2) doivent être reconnus en tous pays ; l'époux qui a obtenu un jugement de divorce ou de séparation de corps, de même que l'époux qui l'a subi, devront être régis par ce jugement. La règle du respect des droits acquis intervient aussi pour justifier cette solution, car le bénéfice d'une prétention accueillie par un jugement valable et régulier constitue par là même un droit acquis, d'après les principes qui gouvernent le droit international privé. »

Pour qu'un jugement soit valable et régulier au regard d'un Etat tiers, et confère dans cet Etat un droit acquis, il faut :

1° Qu'il soit valable dans l'Etat où il a été rendu ;

2° Qu'il ait été rendu par un Tribunal compétent d'après la loi de l'Etat où il est invoqué ;

3° Qu'il ait été rendu en vertu de la loi compétente d'après le système de droit international privé du pays où il est invoqué ;

4° Qu'il ne soit pas contraire à l'ordre public du pays où il est invoqué.

Pour décider si une décision de divorce ou de séparation de corps confère un droit acquis, chaque Etat soumettra donc cette décision à l'épreuve de la loi des époux, de la loi de l'Etat qui l'a rendue, et de sa propre loi.

(1) Cet examen peut avoir lieu au cours de la procédure d'exequatur si cette procédure est nécessaire ou au cours de différends surgissant entre les deux parties sur l'exécution de leur décision respective, et soumis à la justice du pays où les décisions sont invoquées.

(2) Répertoire de Droit International privé : Divorce et séparation de corps, n° 104.

4° *Elles sont régulières si elles ne violent pas :*

LA LOI DES EPOUX :

A) *Quant à l'existence du divorce et de la séparation de corps.*

1° *Détermination de la loi des époux.*

a) Les époux ont la même nationalité.

Si les époux ont la même nationalité, il est facile de déterminer la loi qui les régit, et de conclure que si leur loi connaît le divorce et la séparation de corps, ils peuvent sous certaines conditions obtenir le divorce et la séparation de corps même à l'étranger. Si leur loi ne connaît qu'une de ces deux institutions, la décision de divorce ou de séparation de corps obtenue en infraction à leur loi sera non avenue, et la situation des époux réglée par la seule décision régulière. (1)

Cette règle a été concrétisée sous une forme positive dans l'article 1^{er} de la Convention de La Haye du 12 juin 1902 (2) à laquelle avaient adhéré de nombreux Etats (Allemagne, Belgique, France, Luxembourg, Pays-Bas, Roumanie, Suède, Italie, Suisse, Portugal) : « Les époux ne peuvent former une demande en divorce que si leur loi nationale... admet le divorce... Il en est de même de la séparation de corps ».

Cette règle était adoptée même par les Etats n'ayant pas adhéré à la Convention ; la France et la Belgique qui ont dénoncé cette convention ne continuent pas moins à en suivre la règle qui est l'expression de la doctrine et de la coutume internationales.

b) Les époux n'ont pas la même nationalité.

Si les époux n'avaient pas la même nationalité lors de leurs demandes de divorce ou de séparation de corps, les

(1) Tribunal Seine, 2 mai 1918 : CLUNET, 1918, p. 1182 ; Paris, 14 mars 1933 : D. H. 1934, sommaire 6 ; Req., 27 novembre 1934 : D. P. 1935, 1, 89.

(2) D. P. 1904, 4, 75.

difficultés sont parfois grandes pour découvrir sûrement la loi qui doit les régir.

Il faut distinguer suivant que les époux ont changé ou non de nationalité pendant le mariage :

*Les époux sont de nationalité différente,
mais ont toujours conservé leur nationalité respective.*

Plusieurs systèmes sont présentés :

Dans un premier système, généralement suivi, la loi compétente est la loi nationale du mari (ou la loi du domicile, s'il n'y a pas d'autre solution) ; Allemagne article 17 ; Japon article 16 (1).

Un deuxième système estime au contraire que si le divorce ou la séparation de corps sont demandés dans le pays de l'un des deux époux, c'est la loi de ce pays qui est compétente : une française, par exemple, et son mari étranger habitent en France ; la loi française est compétente (2).

Un troisième système consiste à faire à chaque époux l'application de sa loi nationale. Ce système est celui de la jurisprudence française qui statue sur chaque demande d'après la loi du demandeur. (3)

Cette solution conduit à cette anomalie qu'un époux est divorcé tandis que l'autre peut ne pas l'être.

Les époux ont changé de nationalité

1° Les deux époux ont changé de nationalité : l'article 8 de la Convention de La Haye stipule dans ce cas : « Si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra être considérée... comme leur loi nationale ».

(1) Rép. Droit international, divorce, séparation de corps, n° 53 ; AUDINET, p. 223 ; ROLLIN : Principes de Droit International Privé, t. 11, n° 57.

(2) LUCAS, *Semaine juridique* 1929, p. 1043 et s. ; Seine, 29 mars 1928, Aff. Dame-Alandi : Rép. Droit international, divorce, séparation de corps, n° 54.

(3) Seine, 28 avril 1925 ; G. P. 1925, 1, 286 ; Alger, 2 mai 1928 : G. P. 1928, 2, 162 ; G. P. 1928, 2, 462.

La doctrine et la jurisprudence sont conformes en ce sens. (1)

2° Si un seul époux a opéré un changement de nationalité, certaines décisions appliquent la loi de l'époux ayant changé de nationalité : si, par exemple, une femme qui a pris, en se mariant, la nationalité de son mari, reprend sa nationalité d'origine, la loi de son pays d'origine s'applique à sa demande en divorce ou en séparation de corps. (2)

Cette solution est très contestée, car elle crée une impasse : le divorce ou la séparation de corps ne seront pas reconnus par le pays de l'autre conjoint, et les Etats tiers n'accepteront pas davantage de tenir compte de ces décisions. Le mariage qui subsistera pour l'un, sera dissous ou relâché pour l'autre. L'état civil des intéressés dépendra du pays où la justice aura été appelée à statuer. (3)

On voit combien le problème est complexe : la solution peut différer suivant chaque Etat, et souvent même la jurisprudence de chaque Etat est loin d'être stable et unifiée.

Quoi qu'il en soit, il faut déterminer la loi des époux et vérifier si les décisions sont en accord avec cette loi : par exemple, si deux Russes ont obtenu l'un le divorce, l'autre la séparation de corps dans ou un deux Etats étrangers, celui qui bénéficie du jugement de séparation de corps ne pourra s'en prévaloir dans un Etat tiers, en France par exemple, pas plus qu'il ne pourrait s'en prévaloir en Russie, parce que le jugement viole la loi russe qui n'admet pas la séparation de corps ; s'il s'agissait de deux Italiens ce serait celui qui aurait obtenu le divorce qui ne pourrait prétendre en aucun pays avoir un droit acquis au divorce, puisque la loi italienne ignore le divorce.

De même, si un Français a obtenu contre sa femme une décision de divorce définitive au moment où celle-ci forme une demande en séparation de corps devant un Tribunal

(1) AUDINET, p. 224 ; LUCAS : Naturalisation et Divorce : *Semaine juridique* 1929, p. 1043 ; NIBOYET, Manuel, 2^e éd., n° 463.

(2) Aff. FERRARI-GENSOUL, Cass. civ. 6 juillet 1922 : D. P. 1922, 1, 137 et note ; Aff. GIGLIO, Cass. civ. 7 mai 1928 : D. P. 1929, 1, 65 ; Limoges, 26 février 1939 ; Nîmes, 5 avril 1928 : Rép Intern. Droit Privé, n° 75, 76.

(3) Cass. Turin, 6 juin 1919 ; Cass. Rome, 13 nov. 1919 ; Milan, 7 décembre 1916 : Rép. Droit International Privé, n° 75, 76.

italien, par exemple, la décision qui pourra intervenir sera sans valeur : le jugement de divorce avait en effet acquis autorité de la chose jugée au moment de l'introduction de l'instance en séparation de corps, et la loi française permet à un époux de former une demande en divorce ou en séparation seulement tant qu'aucune décision de divorce définitive n'est intervenue au profit de l'autre conjoint.

Mais il faut bien remarquer qu'en principe l'antériorité d'une décision sur l'autre ne peut permettre de choisir la première comme seule valable en droit international.

Un tel critérium serait contraire au principe du respect des droits acquis. Une décision ne peut conférer un droit acquis parce qu'elle est intervenue avant l'autre, tant du moins que la première, si c'est celle de divorce, n'est pas définitive, avant que la deuxième soit rendue, et encore moins si c'est celle de séparation de corps qui permet toujours une action en divorce postérieure.

Il faut donc s'en tenir à la règle de l'application de la loi des époux.

2° *Exceptions : En Angleterre et en Amérique c'est la lex fori qui s'applique.*

Cette règle n'est pourtant pas universellement appliquée :

Dans certains Etats, la loi compétente est celle du lieu du jugement (lex fori). Il en est ainsi en Angleterre ou en Amérique. (1)

Les Tribunaux de ces pays prononcent volontiers le divorce entre deux époux italiens qui auraient pu obtenir déjà dans leur pays une séparation de corps.

Il va sans dire que ces décisions ne sont pas reconnues dans les Etats admettant la règle posée ci-dessus.

B) *Quant aux causes de divorce et de séparation de corps*

Non seulement est seule valable la mesure reconnue par la loi des époux (2) mais certaines législations exigent en

(1) Rép. pratique *Dalloz*, Séparation de corps, n° 299 ; *DICEY* : conflict of laws, p. 269, s. ; *DICEY* et *STOCQUART*, The law of domicile, T. 1, p. 109 et s. ; Loi américaine du 25 mai 1856 (Ann. de légis. étr.), 1857, 747.

(2) Paris, 4 février 1937 ; *D. H.* 1937, 194.

outre que les jugements soient rendus pour les seules causes admises par la loi des époux.

La Convention de La Haye ne faisait pas de l'identité des causes une condition essentielle : article 2 « Le divorce ne peut être demandé que si dans le cas dont il s'agit, il est admis par la loi des époux et par la loi du lieu où la demande est formée encore que ce soit pour des causes différentes. Il en est de même pour la séparation de corps ».

De même l'article 59 du Code Fédéral Suisse énonce-t-il : « Lorsque le divorce est prononcé par le juge qui est compétent d'après la loi du domicile des époux, ce divorce est reconnu, même s'il ne répond pas aux exigences de la loi fédérale ».

Au contraire certaines décisions de la jurisprudence française, et les auteurs français estiment que le divorce ou la séparation de corps d'époux français ne peut être prononcé à l'étranger que pour des motifs admis par la loi française.

Si le divorce ou la séparation de corps ont été prononcés à l'étranger entre deux époux français par consentement mutuel ou pour prodigalité, ce divorce ou cette séparation de corps ne pourraient être reconnus en dehors des Etats où ils ont été prononcés, parce que la loi française n'admet pas le divorce ou la séparation de corps par consentement mutuel ou pour prodigalité. (1)

Certaines législations vont même beaucoup plus loin : Elles interdisent aux Etats étrangers de s'occuper des questions d'état ou de capacité de leurs sujets. C'est le cas de la législation autrichienne. Seuls les Tribunaux autrichiens ont compétence pour statuer sur ces questions (2). La Convention de La Haye qui avait été signée par l'Autriche, adoptait cette règle dans son article 5-2° : « Toutefois la juridiction nationale est réservée dans la mesure où cette juridiction est seule compétente pour la demande en divorce ou en séparation de corps ».

(1) Aff. Bauffremont, 18 mars 1878 : S. 1878, 1, 193 ; PILLET et NIBOYET, p. 551 ; NIBOYET, MANUEL, 2^e éd., p. 638.

(2) RICHARD-PRASSINOS, p. 312.

Ainsi la France, par exemple, ne pourrait considérer comme réguliers des jugements de divorce et de séparation de corps rendus entre époux autrichiens par des Tribunaux espagnols.

C) *Quant aux garanties de défense :*

Enfin la plupart des législations exigent que les droits de défense de leur ressortissants aient été sauvegardés et prévoient les garanties qui doivent leur être assurées.

4° bis. *Elles sont régulières si elles ne violent pas la loi de l'Etat où elles ont été rendues.*

Pour que des décisions de divorce et de séparation de corps prononcées entre deux époux par des Tribunaux étrangers soient valables, il faut aussi que la législation de l'Etat dont les Tribunaux ont jugé, ait été respectée à un double point de vue. Au point de vue de l'ordre public et au point de vue de la compétence du Tribunal qui a jugé.

A) *Quant à l'ordre public :*

L'ordre public sera contrarié si par exemple deux époux demandent le divorce et la séparation de corps dans un Etat qui ne connaît pas ces deux institutions, ou les admet dans des conditions particulières que les époux ne remplissent pas.

Cette règle aussi est celle de la Convention de La Haye article 1^{er} : « Les époux ne peuvent former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu où la demande est formée, admettent le divorce l'une et l'autre. Il en est de même de la séparation de corps ».

Article 2 : « Le divorce ne peut être demandé que si dans le cas dont il s'agit, il est admis à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu où la demande est formée. Il en est de même pour la séparation de corps ».

Sur ce point encore la France et la Belgique suivent les prescriptions de la Convention à laquelle elles n'adhèrent plus. (1)

(1) NIBOYET, MANUEL, 2^e éd., n° 634, et sq. ; Trib. Civ. de Bayonne, 14 juin 1898 ; CLUNET, 1899, p. 127 ; Saintes, 7 mars 1922 : G. P. 1922, 2, 390.

Ainsi serait nul, par application de la loi italienne, le jugement rendu par un Tribunal italien et prononçant le divorce entre deux époux allemands par exemple, quoique la législation allemande admette le divorce. La loi italienne l'interdit, et les Tribunaux italiens ne peuvent pas valablement rendre des décisions de divorce qui sont contraires à l'ordre public italien.

B) Quant à la compétence du Tribunal qui a statué :

Il est bien évident que les décisions concernant l'état et la capacité doivent émaner d'une juridiction compétente pour connaître de ces questions. Il faut aussi que cette juridiction compétente *ratione materiae* soit compétente *ratione loci*. C'est en principe le domicile des époux au moment de l'introduction de l'instance qui fixe le Tribunal compétent.

4° ter. Elles sont régulières si elles ne violent pas la loi de l'Etat où elles sont produites.

Dès que les jugements de divorce ou de séparation de corps remplissent les conditions nécessaires de conformité aux lois de forme, de fond et de compétence des époux et du lieu où ils ont été prononcés, *les époux ont un droit acquis au divorce et à la séparation de corps*. En tous pays, ces décisions seront reconnues, mais cela ne signifie pas pour autant que partout elles produiront les effets attachés par la loi des époux au divorce et à la séparation de corps. C'est la loi de chaque Etat où ils sont produits qui détermine leur portée d'application.

A) Au pays d'origine des époux.

Il est évident que dans le pays d'origine des époux, et dans les pays où les jugements ont été rendus, les jugements produiront intégralement les effets qu'ils produiraient s'ils avaient été rendus par les Tribunaux de l'Etat des époux.

*B) Dans des Etats connaissant à la fois
le divorce et la séparation de corps.*

De même dans les Etats connaissant à la fois le divorce et la séparation de corps, les deux jugements de divorce et de séparation de corps prendront toute leur valeur et produiront leurs effets conformément aux dispositions de la loi nationale des époux. (1)

*C) Dans des Etats ne connaissant
qu'une des deux institutions.*

Mais les Etats tiers qui ne connaissent qu'une seule des institutions, divorce ou séparation de corps, vont-ils reconnaître des décisions qui heurtent leur propre loi ?

A ce sujet il faut d'abord faire une distinction entre les dispositions des jugements relatives aux questions d'état et de capacité, et les dispositions se rapportant aux questions d'intérêts ou à la garde des enfants.

*Dispositions relatives aux questions
d'intérêts pour la garde des enfants.*

Ces dernières dispositions ne constituent jamais un droit acquis et peuvent être modifiées par les Tribunaux du lieu où les jugements sont invoqués par application de la *lex fori*. (2)

*Dispositions relatives aux questions
d'état et de capacité.*

a) La mesure interdite ne produit aucun effet.

Pour les dispositions relatives aux questions d'état ou de capacité, certains Etats refusent de reconnaître le jugement prononçant la mesure que leur loi interdit : ainsi en Espagne, avant que le divorce fût institué en 1932, le divorce était considéré comme contraire à l'ordre public

(1) RICHARD-PRASSINOS, p. 259 à 262 ; Paris, 13 février 1872 : 1873, 2, 160.

(2) Rép. Droit International, n° 91 ; PILLET et NIBOYET, p. 551 et s.

et si deux étrangers excipaient de deux jugements l'un de divorce, l'autre de séparation de corps, seul l'époux bénéficiant de la séparation de corps pouvait se prévaloir de son jugement, tandis que l'époux bénéficiant du jugement de divorce voyait son jugement considéré comme inexistant. (1)

b) La mesure interdite produit un effet réduit.

Dans d'autres pays comme le Brésil, le jugement de divorce était reconnu, mais produisait un effet réduit : l'étranger divorcé était considéré comme divorcé, mais il était frappé de l'incapacité de se remarier. (2)

c) La mesure interdite produit un effet complet.

Certains pays, au contraire, comme l'Italie, quoique ne connaissant pas le divorce dans leur propre législation, reconnaissent des effets complets au divorce d'un étranger, prononcé à l'étranger ; en Italie un étranger divorcé peut dès lors se remarier. (3)

Il n'est donc pas possible de poser une règle générale affirmant que moyennant telles ou telles conditions, deux époux ayant obtenu dans un ou deux pays étrangers des jugements de divorce et de séparation de corps, pourront invoquer dans tel ou tel autre Etat leurs deux jugements de divorce et de séparation de corps, ou seulement le jugement de divorce, ou seulement le jugement de séparation de corps.

Leur situation est en définitive conditionnée par la législation interne de l'Etat dans lequel ils produisent leurs jugements.

Cette règle qui n'en est pas une, est en fin de compte la seule qui puisse être formulée.

A la vérité la situation qui serait ainsi créée se présentera rarement en pratique.

Pour des Français, il faudrait supposer que deux époux ont obtenu pour des causes françaises le divorce et la séparation de corps dans un pays admettant le divorce et la séparation de corps (cette hypothèse est encore réalisable), ou il faudrait supposer qu'un époux a obtenu le divorce

(1) Rép. Droit international, n° 91.

(2) AUDINET, p. 236. Trib. fév. du Brésil, 4 nov. 1916 : Rép. Droit international, droit, séparation de corps, n° 91.

(3) RICHARD-PRASSINOS, p. 262.

pour des causes françaises dans un pays connaissant le divorce, et l'autre époux la séparation de corps pour des causes françaises dans un pays connaissant la séparation de corps.

Quant aux étrangers, ils ne pourraient obtenir deux décisions valables de séparation de corps et de divorce que s'ils étaient ressortissants d'un Etat où le divorce et la séparation de corps existent simultanément ; dans le cas contraire, un des jugements sera en contradiction à la loi des époux et ne conférera pas de droit acquis à l'époux qui l'aura obtenu.

L'Etat qui vérifiera si le divorce et la séparation de corps ont bien été prononcés en application de la loi des époux rejettera nécessairement la décision violant leur loi nationale (1) ou violant la loi des Etats dont les Tribunaux ont prononcé les jugements.

III. — Autre condition éventuelle.

A toutes les conditions qui viennent d'être examinées jusqu'ici, vient parfois s'en ajouter encore une autre : celle de l'exequatur. Les décisions de justice ne sont admises en certains pays étrangers qu'à si elles ont reçu l'exequatur.

Deux questions se posent à ce sujet :

1° En quoi consiste l'exequatur ?

2° Dans quelles conditions est-il exigé ?

1° La procédure d'exequatur est la procédure qui a pour but de donner admission dans un Etat à une décision, vérification faite que cette décision présente bien tous les caractères de validité et de régularité exigées par les règles internationales et internes.

Certains Etats, notamment la France, examine en outre la décision elle-même et pratique le système de la revision.

L'exequatur peut alors être refusé pour cause de « mal jugé au fond » ; le jugement ne reçoit force exécutoire que s'il est reconnu bien rendu.

(1) Trib. Boulogne-sur-Mer, 14 déc. 1925, 16 fév. 1926 : Rép. Droit International n° 49 ; NIBOYET et MANUEL, 2^e éd., p. 638.

2° La question de savoir dans quel cas l'exequatur est nécessaire est une question de droit interne que chaque Etat résoud souverainement d'après sa loi propre. (1)

Etats n'exigeant jamais d'exequatur.

Certains Etats, comme l'Angleterre, les Etats-Unis ou la Suisse, n'exigent pas l'exequatur, et reconnaissent force exécutoire aux jugements étrangers dès qu'ils émanent d'un Tribunal compétent.

Etats exigeant toujours l'exequatur pour leurs nationaux et ne l'exigeant pour les étrangers que s'il y a lieu à exécution matérielle.

D'autres Etats distinguent suivant qu'il s'agit de jugements concernant leurs sujets ou concernent des étrangers.

S'il s'agit de leurs sujets, ils estiment l'exequatur nécessaire. S'il s'agit d'étrangers, le jugement est valable sans exequatur. C'est le cas de la Belgique, de l'Italie, de la France. Encore l'exequatur n'est-il inutile que pour les questions d'Etat. Mais lorsqu'il y a lieu à exécution matérielle (pensions, etc...) l'exequatur devient nécessaire.

Etat exigeant toujours l'exequatur.

En Allemagne l'exequatur paraît toujours indispensable.

Résumé au point de vue du droit international français.

Pour terminer en résumant ces problèmes uniquement au point de vue du droit français, il apparaît que deux époux français peuvent exciper en France, l'un d'un jugement de divorce, l'autre d'un jugement de séparation de corps, que les deux jugements aient été prononcés à l'étranger, ou qu'un jugement ait été rendu en France et l'autre à l'étranger, à condition que les jugements rendus à l'étranger aient été rendus à la fois conformément à la loi de l'Etat où les jugements ont été rendus.

(1) Voir pour étude détaillée de cette question, Rép. Droit international privé : Divorce, sép. de corps, n° 10435.

Il apparaît également que deux époux étrangers peuvent exciper en France l'un d'un jugement de divorce, l'autre d'un jugement de séparation de corps, même si les motifs de ces jugements ne leur auraient pas permis de les obtenir en France, à condition que ces jugements aient observé la loi régissant les deux époux, et la loi de l'Etat ou des Etats où ils ont été prononcés.

Seuls donc les étrangers dont la législation connaît à la fois le divorce et la séparation de corps pourront obtenir soit de leurs Tribunaux, soit de Tribunaux étrangers des jugements de divorce et de séparation de corps valables et réguliers, leur conférant un droit acquis dont ils pourront se prévaloir en France.

CONCLUSION

La séparation de corps a été traitée par la plupart des législateurs en parente pauvre du divorce. Elle se présente avec un trousseau bien incomplet, et pour la parer, il faut puiser dans la garde-robe du divorce. Mais comme le divorce et la séparation n'ont pas la même complexion, des retouches sont inévitables : il faut allonger par ci, resserrer par là. Parfois le divorce est ramené au niveau de la séparation de corps, plus souvent la séparation de corps est élevée au niveau du divorce.

Toutes ces adaptations ne vont pas sans une certaine gymnastique qui entraîne des déformations dans lesquelles la séparation de corps perd son individualité et devient méconnaissable.

La séparation de corps devient un sosie du divorce.

Quoiqu'ils se ressemblent beaucoup, il n'est pas difficile de les distinguer, si on a à faire à l'un ou à l'autre. Mais lorsqu'on a à faire à l'un et à l'autre en même temps, il n'est plus possible de faire une différence entre eux. La séparation de corps est travestie en divorce tout en conservant son étiquette de séparation de corps.

Il est certain que la situation ainsi créée n'a pas une physionomie bien nette. Les deux époux sont divorcés, et en même temps séparés de corps, et pourtant ils sont divorcés et non séparés de corps.

Cette confusion est regrettable. Une situation franche est toujours préférable. Pourquoi dire qu'un époux a obtenu le divorce et l'autre la séparation de corps, quand, en fait ils sont divorcés ?

Si c'est une pure logomachie sans raison, il faut y mettre fin sans tarder et donner un sens clair à des expressions claires.

Le droit se doit d'éviter les conflits ou les jeux de mots. La précision et la clarté doivent être des qualités maîtresses du style juridique.

Si le conflit est plus profond et réside encore dans les institutions et non plus dans les terminologies, il faut y remédier et compléter l'œuvre déjà avancée de la doctrine et de la jurisprudence.

Cette œuvre a réussi à éliminer les plus grands risques d'injustice que les termes stricts de la loi pouvaient contenir, mais cette œuvre a concerné le fond du sujet. Elle n'a pu porter atteinte à la lettre des textes, et apporter une réforme nécessaire. Elle doit respecter la terminologie de la loi de telle sorte que les mots employés ne correspondent plus aux réalités désignées et qu'il résulte une discordance fâcheuse entre la forme et le fond. On doit continuer à appeler séparation de corps une mesure qui est à proprement parler un divorce, et ne produit pas les effets de la séparation de corps, mais ceux du divorce.

Cette locution inexacte est-elle conservée, pour ménager la susceptibilité ou les scrupules religieux du justiciable ?

Respecter les sentiments du justiciable est bien, mais à condition qu'ils soient vraiment, ouvertement respectés.

Mais respecter ses sentiments pour la forme et passer outre au fond est une tartuferie indigne d'un statut juridique et un exemple fâcheux des mille et une façons de tourner la règle, à la manière du moine qui faisait maigre le vendredi en disant : « Chapon je te baptise carpe ». Un chat s'appelle un chat, et toute chose doit être appelée par son nom ; un divorce ne devrait plus pouvoir s'appeler séparation de corps.

Il ne semble pas que cela soit bien difficile.

L'effort du législateur, de la doctrine et de la jurisprudence est apparu appliqué constamment à donner un parallélisme de fait au divorce et à la séparation de corps. C'est chose faite aujourd'hui. Il n'y a donc, suivant l'exemple du législateur allemand, qu'à le reconnaître légal, en constatant, homologuant et généralisant le résultat acquis, par une loi qui édicterait par exemple que lorsqu'un époux aurait obtenu un jugement définitif de divorce et l'autre un juge-

ment définitif de séparation de corps, les époux seraient considérés de plein droit comme divorcés à leurs torts réciproques.

Ou bien il faudrait détruire complètement tout ce qui a été fait jusqu'ici, et dire explicitement que deux époux auront le choix ou de divorcer ou de se séparer de corps, mais ne pourront jamais obtenir l'un le divorce et l'autre la séparation de corps.

Il est préférable d'achever la construction édifiée, et on ne parlerait plus de cette situation en équilibre instable dans laquelle un époux paraît marié quand il ne l'est plus, et l'autre n'est pas marié quand il paraît l'être.

Mais l'homme va toujours du particulier au général, du complexe au simple, et le chemin est long.

Quoique sur chaque point particulier il soit à peu près admis que deux époux divorcés et séparés de corps sont deux époux divorcés, il est probable que de longues années passeront avant que soit érigée en loi cette proposition simple et générale et partant si évidente.

Il est encore plus probable que l'imperfection qu'elle réparerait, est vouée à l'éternité, et que le monde n'en continuera pas moins d'exister.

On souhaiterait même qu'elle soit la seule ; bien d'autres imperfections plus importantes auraient alors disparu.

Vu :

Le Président de la thèse,
Marc DESSERTAUX.

Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit,
Pierre-Louis LUCAS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 5 octobre 1938.

Le Recteur de l'Académie,
E. SPENLE.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GENERAUX

- AUBRY et RAU. — « Cours de Droit Civil Français », 4^e et 5^e éditions.
- BAUDRY-LACANTINIERE. — « Traité pratique de Droit Civil » :
« Des personnes », avec Chauveau ;
« Du nantissement, des privilèges et hypothèques », avec De Loynes ;
« Donations et Testaments », avec Maurice Colin ;
« De la prescription », avec Tissier.
- BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE. — « Cours de Droit Civil Français », 2^e édition.
« L'Etat et la capacité des personnes », t. 2, 3, 3 *bis*, par Batiffol et Breton.
- COLIN et CAPITANT. — « Traité élémentaire de Droit Civil Français », 5^e et 7^e éditions.
- DELVINCOURT. — « Cours de Code Civil », 5^e édition.
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — « Cours analytique du Code Civil ».
- DEMOLOMBE. — « Cours de Code Civil ».
- DONNEDIEU DE VABRES. — « Traité élémentaire de Droit Criminel et de Législation comparée », 1938.
- DURANTON. — « Cours de Droit Français ».
- FAUSTIN-HÉLIE. — « Traité de l'Instruction Criminelle ».
- FAVARD. — « Répertoire ».
- GARRAUD. — « Traité théorique et pratique de l'Instruction Criminelle ».
- GARSON. — « Code Pénal annoté ».
- GARSONNET. — « Traité théorique et pratique de Procédure ».
- GLASSON, TISSIER et MOREL. — « Traité théorique et pratique de Procédure », 3^e édition, 1927-1938.
- HUC. — « Commentaire théorique et pratique du Code Civil ».
- JAPIOT. — « Traité de Procédure Civile et Commerciale ».
- JOSSERAND. — « Cours de Droit Civil positif Français », 2^e édition.
- LABORDE. — « Cours de Droit Criminel ».

- LAURENT. — « Principes de Droit Civil Français », 5^e édition et supplément.
LE POITTEVIN. — « Dictionnaire-formulaire des Parquets et de la Police Judiciaire ».
MARCADE. — « Explication théorique et pratique du Code Civil », 7^e édition.
MASSÉ et VERGE sur Zachariae. — « Le Droit Civil Français ».
MERLIN. — « Répertoire ».
« Questions de Droit ».
MOLINIER et VIDAL. — « Traité théorique et pratique de Droit Pénal ».
PLANIOL et RIPERT. — « Traité pratique du Droit Civil Français ».
T. 2 : « La famille », avec Rouast ;
T. 3 : « Les biens », avec Picard ;
T. 9 : « Régimes matrimoniaux », avec Nast.
PONT. — « Revue de Droit Français et Etranger », 1844.
PROUDHON et VALETTE. — « Traité de l'état des personnes ».
TOULLIER. — « Droit Civil Français suivant l'ordre du Code ».
VIDAL et MAGNOL. — « Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire », 8^e édition, 1935.
« RECUEIL DE JURISPRUDENCE GENERALE DALLOZ et son supplément », (J. G. et J. G. S.).
« REPERTOIRE PRATIQUE DALLOZ », supplément et additions, 1938.
« CODE CIVIL ANNOTE DALLOZ » et additions, 1921, 1932,

II. — OUVRAGES SPECIAUX

- CARPENTIER. — « La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence en matière de divorce ».
« Le divorce et la séparation de corps ».
COULON. — « Divorce et séparation de corps ».
COULON et FAIVRE. — « Manuel-formulaire du divorce et de la séparation de corps ».
CURET. — « Code du divorce et de la séparation de corps ».
FRÉMONT. — « Traité pratique du divorce et de la séparation de corps ».
GOIRAND. — « Traité pratique du divorce ».
GRÉVIN. — « Traité du divorce ».
GUILLOUARD. — « Traité des privilèges et hypothèques », t. 2.
LA SENNE. — « Traité de la séparation de corps ».
MASSOL. — « De la séparation de corps ».
POULLE. — « Le divorce et les lois du 27 juillet 1884 et du 18 avril 1886 ».
RODIÈRE et PONT. — « Traité du contrat de mariage et du droit respectif des époux », 2^e édition, t. 3.
TROPLONG. — « Commentaire du titre de la prescription ».
« Des donations ».

VAZEILLE. — « *Traité du mariage* ».

VRAYE et GODE. — « *Du divorce et de la séparation de corps* », 2^e édition.

III. — OUVRAGES, NOTES, DISSERTATIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET DE DROIT COMPARE

AUDINET. — « *Principes élémentaires de Droit International Privé* ».

Code Civil Allemand : « *Traduction de l'Office de Législation Etrangère et de Droit International* ».

DARRAS, DE LA PRADELLE et NIBOYET : « *Répertoire de Droit International Privé* ».

DICEY. — « *Conflict of law* ».

DICEY, HOCQUART. — « *The law of domicile* ».

HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, 2^e édition.

LAW FOR THE MILLION.

E. LEHR. — « *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés* ».

LUCAS. — « *Naturalisation et divorce* », *Semaine juridique*, 1929, p. 1043 et sq.

NIBOYET. — « *Manuel de Droit International Privé* ».

PILLET et NIBOYET. — « *Manuel de Droit International Privé* ».

E. ROGUIN. — « *Traité de Droit Civil comparé : Le mariage* ».

ROLLIN. — « *Principes de Droit International Privé* ».

J. SERVAIS, E. MECHELYNCK et P. SERVAIS. — « *Les Codes et les lois spéciales les plus usuelles en vigueur en Belgique* », édition 1938.

STEPHEN. — « *Commentaries on the law of England* ».

IV. — THESES

M. LECLERCQ. — « *Dans quelle mesure le régime matrimonial des époux subsiste-t-il au cours de l'instance en divorce ?* ». *Thèse*, Dijon, 1936.

MARCHAND. — « *Le divorce et la séparation de corps dans le Code Civil Suisse* ». *Thèse*, Paris, 1927.

RICHARD-PRASSINOS Marguerite. — « *Le divorce et la séparation de corps dans les principales législations étrangères* ». *Thèse*, Paris, 1928.

V. — NOTES DE JURISPRUDENCE : DISSERTATIONS ET CHRONIQUES

ARNAULT. — « *Rapport devant la Chambre des Députés* », le 28 novembre 1887. *J. O.*, 24 décembre 1887, annexe p. 438, n° 2151.

CLARO. — *Note au D. P.*, 1903, 2, 225.

- DE LOYNES. — Note au *D. P.*, 1894, 2, 577.
Note au *D. P.*, 1908, 2, 298, col. 2.
Note au *D. P.*, 1907, 2, 313.
- DÉGOIS. — Note au *D. P.*, 1914, 1, 201.
« Les effets du non cumul des peines principales en cas de cumul réel de crimes et de délits, d'après la Cour de Cassation ». *Journal des Parquets*, 1921, 1, 1.
- ESMEIN. — Note au *Sirey*, 1934, 1, 377.
- GARÇON. — « Des effets de la revision », *Journal des Parquets*, 1903, 1, 35, 36.
- Jean HOURTICQ. — « Commentaire de la loi du 4 janvier 1930 », au *D. P.*, 1930, 4, 73.
- LABORDE. — Note à la *Revue Critique*, 1898, p. 77.
- Gaston LAGARDE. — « Personnes et droits de famille : I. Divorce et séparation de corps », *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1937, n° 1, p. 87.
- Henri LALOU. — « Le jeu du mariage et du divorce et le changement du régime matrimonial », (loi du 4 janvier 1930). Chronique au *D. H.*, 1930, chronique p. 9.
- Marcel NAST. — « Commentaires de la loi du 18 février 1938, sur l'incapacité de la femme mariée », *D. P.*, 1939, 4, 10.
- LE POITEVIN. — Note au *S.*, 1910, 1, 161.
- LÉON RENAULT. — Discours au Sénat (*J. G. S.*, Séparation de corps, 144).
- ROUAST. — Note au *D. P.*, 1923, 1, 65.
Note au *D. P.*, 1927, 1, 101.
- ROUX. — Note au *S.*, 1923, 1, 89.
- SAVATIER. — Note au *D. P.*, 1936, 1, 109.
« Commentaires de la loi du 18 février 1938, portant modification des textes du Code Civil relatifs à l'incapacité de la femme mariée. (*Lois nouvelles*, 1938, n° 10, p. 50, et n° 11, p. 61).
« Le mécanisme de la déchéance de l'art. 299, Code Civil ». (*Rép. Gén. Not.*, 1937, p. 1 et 3).
- Léonce THOMAS. — Note au *D. P.*, 1912, 2, 129.
- Jeanne VANDAMME. — « Dissertation », au *D. P.*, 1938, 1, 37.

VI. — NOTES NON SIGNÉES

- « Exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886 », au *D. P.*, 86, 4, 29, note 1.
Note au *D. P.*, 88, 2, 39.
Note au *D. P.*, 1890, 2, 361.
Note au *D. P.*, 1894, 2, 481.
Note au *D. P.*, 1897, 2, 314.
Note au *D. P.*, 1900, 2, 57.
Note au *D. P.*, 1922, 1, 137.
Note au *D. P.*, 1923, 1, 240.
Note à *G. P.*, 1939, 1, 436.

VII. — PERIODIQUES

Annuaire de Législation Etrangère.
Bulletin de l'Institut Intermédiaire International.
Bulletin des Lois.
Clunet.
Dalloz Hebdomadaire.
Dalloz Périodique.
Gazette des Tribunaux.
Gazette du Palais.
Journal des Parquets.
Journal Officiel.
La Loi.
Les Lois Nouvelles.
La Semaine Juridique.
Le Moniteur Judiciaire de Lyon.
Pasicrasie Belge.
Répertoire Général des Notaires.
La Revue Critique.
La Revue Trimestrielle de Droit Civil.

Table des Matières

	PAGES
PRÉLIMINAIRE	5
INTRODUCTION HISTORIQUE. — Evolution législative ; alternance de systèmes, périodes de prédominance du divorce ou de la séparation, périodes de coexistence des deux institutions	7

PREMIERE PARTIE

DES PROCÉDURES QUI FONT NAÎTRE UNE CONCURRENCE ENTRE LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS	11
---	----

Chapitre premier. — <i>Caractère général du droit applicable à la matière</i>	11
§ 1. Utilité de la séparation de corps malgré le prononcé d'un jugement de divorce.....	11
§ 2. Absence de réglementation légale.....	15
§ 3. Création doctrinale et jurisprudentielle des règles de l'usage combiné du divorce et de la séparation de corps	16
a) 1 ^{er} système : le divorce est une fin de non recevoir contre l'action de séparation de corps.....	16
b) 2 ^e système : le divorce prononcé permet de statuer sur les demandes accessoires de la séparation de corps, mais non sur la séparation de corps elle-même	18
c) 3 ^e système : le divorce ou la séparation de corps doit être seule prononcée, mais aux torts réciproques	19
d) 4 ^e système : le divorce prononcé, la séparation de corps est prononcée en tant que de besoin ..	20
§ 4. Application des règles	24
a) Décisions de principe	25
b) Décisions d'application pratique	26

Chapitre II. — Différents cas qui donnent lieu à l'existence simultanée d'une décision de divorce et d'une décision de séparation de corps	27
§ 1. Procédure des demandes	27
Section 1. — Demandes principales.....	28
a) Demandes principales simultanées.....	28
b) Demandes principales non simultanées.....	29
c) Remarque : la séparation de corps ne peut être demandée subsidiairement au divorce	31
Section 2. — Demandes reconventionnelles.....	32
Section 3. — Demandes en conversion de séparation de corps en divorce	33
§ 2. Forme des décisions	35
a) La coexistence du divorce et de la séparation de corps ne provient pas nécessairement de la coïncidence de leur apparition, mais de la coïncidence de leur existence à un moment quelconque	35
b) Dualité forcée des décisions.....	36
c) Dualité facultative des décisions.....	37
d) Remarque : dans le cas de dualité facultative, le jugement de divorce est toujours le deuxième	39
§ 3. Cadre exact de la coexistence du divorce et de la séparation de corps	40
a) Recherches des limites de ce cadre.....	40
1 ^{re} hypothèse : demande en séparation de corps formée contre un conjoint qui bénéficie d'un jugement de divorce définitif.....	41
2 ^e hypothèse : demande en séparation de corps en état d'être jugée, se heurtant à un jugement de divorce définitif dont bénéficie le conjoint	42
3 ^e hypothèse : demande en séparation de corps en état d'être jugée et jugement de divorce non définitif	43
b) Enoncé de la règle de coexistence du divorce et de la séparation de corps.....	44
c) Remarque : différence entre les cas de dualité forcée et les cas de dualité facultative des jugements	44
Chapitre III. — Conditions générales de la coexistence..	45
§ 1. Conditions auxquelles est subordonnée la concurrence entre le divorce et la séparation de corps	45
a) 1 ^{re} condition : le jugement de séparation de corps doit être prononcé avant que le jugement de divorce soit définitif	45
b) 2 ^e condition : les deux décisions de divorce et de séparation de corps doivent devenir définitives	47

	PAGES
§ 2. Cause d'exclusion de la coexistence du divorce et de la séparation de corps	48
a) Pourquoi la cause d'exclusion est-elle le jugement de divorce, et non le jugement de séparation de corps ?	48
b) Pourquoi le jugement de divorce doit-il être définitif pour être une cause d'exclusion ?	49
§ 3. Corollaire : les jugements de divorce et de séparation de corps, et l'autorité de la chose jugée....	49
a) Règle générale en matière ordinaire.....	50
b) Règle en matière de divorce et de séparation de corps	52
1. Voies de recours prévues par le Code Civil	52
Opposition, appel, cassation	52
Délais d'opposition, d'appel et de pourvoi en cassation	53
2. Voies de recours non prévues par le Code.	57
Tierce opposition	58
Requête civile	58
Prise à partie	59

DEUXIEME PARTIE

CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE LA SITUATION CRÉÉE PAR LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS PRONONCÉS CONCURRENTEMENT ENTRE LES ÉPOUX.....	61
Chapitre premier. — <i>Effet principal</i>	61
Appendice : le concours du divorce et de la séparation de corps en Droit Civil et le concours d'infractions en Droit Pénal	64
Chapitre II. — <i>Effets secondaires</i>	72
§ 1. Conséquences rattachées à l'effet principal du divorce et de la séparation de corps.....	73
a) Capacité civile de la femme.....	73
Inaliénabilité de la dot	74
Mainlevée de l'hypothèque légale	75
Questions d'état	76
La réforme de la loi du 18 février 1938.....	76
b) Vente entre époux.....	79
c) Prescriptions : de l'art. 2253.....	79
de l'art. 2256-2°.....	80
de l'art. 1304.....	81
de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855	82
d) Reprise par chaque époux de son nom personnel	82
e) Réconciliation des époux	83
f) Reconnaissance d'enfants naturels	84

	PAGES
<i>g)</i> Quotités disponibles en matière de libéralités....	84
<i>h)</i> Révocation des donations	85
<i>i)</i> Donations réciproques	86
<i>j)</i> Donations indirectes, déguisées et par personnes interposées	86
<i>k)</i> Action en nullité de l'art. 243 Code Civil.....	87
<i>l)</i> Détermination de la date de dissolution du régime matrimonial	88
§ 2. Conséquences rattachées à l'effet principal pour le divorce, et aux torts des époux pour la sépara- tion de corps	93
<i>a)</i> Droit de succession du conjoint survivant	94
<i>b)</i> Droit de jouissance des œuvres littéraires et ar- tistiques	94
<i>c)</i> Droit à la pension de veuve.....	95
Veuve de fonctionnaire.....	95
Veuve de marin non fonctionnaire	97
Retraites ouvrières et paysannes	98
Retraites des ouvriers mineurs	99
Retraite des employés de chemin de fer.....	99
Rente d'accidents du travail	100
Assurances sociales	101
Pension de la Caisse Nationale des Retraites pour la vieillesse	102
§ 3. Règle régissant les conséquences de la rupture du mariage	103
§ 4. Conséquences rattachées aux torts des époux....	103
Section 1. — Effets communs au divorce et à la sépa- ration de corps	104
<i>a)</i> Frais de justice	104
<i>b)</i> Suppression des avantages matrimoniaux..	105
<i>c)</i> Garde des enfants.....	108
<i>d)</i> Pension entre époux	110
Section 2. — Effets se produisant pour la séparation de corps par suite de sa réunion au divorce..	116
<i>a)</i> Usufruit légal des biens des enfants mineurs	116
<i>b)</i> Administration des biens des enfants mineurs	122
Section 3. — Effet différent pour le divorce et pour la séparation de corps.....	124
Défense à l'époux contre qui le divorce est pron- oncé pour adultère de se marier avec son complice (Art. 298 C. Civ., abrogé).....	125
Section 4. — Règle régissant les conséquences des torts des époux	126

TROISIEME PARTIE

FIN DE LA SITUATION	127
a) Décès d'un ex-époux	127
b) Mariage des ex-époux : avec des tiers ; entre eux..	128
c) La conversion de la décision prononçant la sépa- ration de corps est-elle possible ?	130

QUATRIEME PARTIE

LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS ENTRE DEUX ÉPOUX EN DROIT COMPARÉ ET EN DROIT INTERNATIONAL	137
---	-----

Chapitre premier. — <i>Cette situation existe-t-elle dans des pays étrangers ?</i>	137
--	-----

1. Divers groupes de législations	137
1° Admettant le divorce seul	137
2° Admettant la séparation de corps seule.....	137
3° Admettant le divorce et la séparation de corps	137
2. Revue de certaines législations admettant le divorce et la séparation de corps	138
a) La séparation de corps est une mesure prépara- toire du divorce	138
Norvège	138
Etat du Maine (Amérique)	138
b) La séparation de corps est une mesure parallèle au divorce	139
Angleterre	139
Ecosse	141
Suisse	141
Belgique	142
Grèce	142
Monaco	142
Portugal	143
Espagne	144
Suède	144
Tchécoslovaquie	145
Hongrie	145
Hollande	145
Allemagne	146
Etats-Unis d'Amérique	147

Chapitre II. — <i>Des jugements étrangers peuvent-ils créer cette situation ?</i>	148
---	-----

1. Différents cas :	148
1° Les deux décisions de divorce et séparation de corps sont intervenues dans deux pays dif-	

	PAGES
férents, et sont invoquées dans l'un ou l'autre de ces deux pays	149
2° Les deux décisions sont invoquées dans un Etat tiers ?	149
2. Conditions auxquelles ces décisions produiront effet :	150
1° Elles produiront effet si elles sont reconnues ..	150
2° Elles seront reconnues si elles confèrent un droit acquis	150
3° Elles confèrent un droit acquis si elles sont ré- gulières au point de vue des règles de Droit international privé	151
4° Elles sont régulières si elles ne violent pas la loi des époux	152
La loi des époux	152
A) Quant à l'existence du divorce et de la séparation de corps	152
1° Quelle est la loi des époux ?	152
a) Les époux ont la même nationalité	152
b) Ils n'ont pas la même nationalité	152
Ils ont toujours conservé leur nationalité diffé- rente depuis le mariage	153
1 ^{er} système	153
2 ^e système	153
3 ^e système	153
Ils ont changé de nationalité pendant le mariage ..	153
1° Les deux ont changé	153
2° Un seul a changé	154
2° Exceptions : en Angleterre et en Amérique, c'est le lex fori qui s'applique	155
B) Quant aux causes de divorce et de séparation de corps	155
C) Quant aux garanties de la défense	157
4 bis. La loi de l'Etat où les décisions ont été rendues..	157
A) Quant à l'ordre public	157
B) Quant à la compétence <i>ratione materiæ</i> et <i>ra- tione loci</i> de la juridiction qui a statué	158
4 ter. La loi de l'Etat où les décisions sont produites..	158
A) Pays d'origine des époux	158
B) Etats connaissant à la fois le divorce et la sépa- ration	159
C) Etats ne connaissant qu'une des deux institu- tions	159
Dispositions relatives aux questions pécuniaires ou matérielles (pension ou garde des enfants) ..	159
Dispositions relatives aux questions d'état et de capacité	159
a) Effet nul de l'institution contraire à l'ordre public	159

	PAGES
b) Effet réduit : Brésil	160
c) Effet complet : Italie	160
3° Autre condition éventuelle : l'exequatur ?	161
1. En quoi consiste l'exequatur ?	161
Vérification des conditions susindiquées	161
Révision au fond de la décision	161
2. Quand l'exequatur est-il nécessaire ?	162
Etats n'exigeant pas l'exequatur : Angleterre, Etats-Unis, Suisse	162
Etats exigeant toujours l'exequatur pour leurs nationaux, et n'exigeant l'exequatur pour les étrangers que s'il s'agit d'exécution matérielle : Belgique, Italie, France	162
Etats exigeant toujours l'exequatur : Allemagne	162
Résumé au point de vue du droit international français	162
CONCLUSION	165
BIBLIOGRAPHIE	169
TABLE DES MATIÈRES	175

IMP. MONT-LOUIS, CLERMONT-FD-PARIS.
